



## 저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

이학석사학위논문

양대 포털홈페이지 게시물 등의  
증거사용에 관한 문제점 및 개선방안  
Problems and improvement Methods for Using  
Two big Portal Homepages posts as evidence

2017년 2월

서울대학교 융합과학기술대학원  
수리정보학과 디지털포렌식학  
방 지 형

양대 포털홈페이지 게시물 등의  
증거사용에 관한 문제점 및 개선방안  
Problems and improvement Methods for Using  
Two big Portal Homepages posts as evidence

지도교수 이 효 원

이 논문을 이학석사 학위논문으로 제출함

2016년 11월

서울대학교 융합과학기술대학원

수리정보학과 디지털포렌식학

방 지 형

방지형의 석사학위논문을 인준함

2016년 12월

위 원 장 김 명 환 (인)

부 위 원 장 이 효 원 (인)

위 원 천 정 희 (인)

## 요약(국문초록)

인터넷이 대한민국 전역에 충분히 보급되었다. 많은 게시물들이 인터넷 게시판, SNS 등에 등록되고, 이용되고 있다. 그 중 일부 게시물들은 각종 인터넷 관련 범죄의 증명이나 다른 사실 입증에 관하여 증거로 사용될 필요가 있다.

이에, 대한민국의 양대 포털 홈페이지 게시글을 증거로 사용함에 있어서 문제되는 부분은 무엇인지, 개선방안은 어떠한지에 대해서 검토를 하였다.

양대 포털 홈페이지 게시물의 존재형식 및 그 게시물의 개인 식별 요소에 관하여 분석한 결과, 위 게시물들은 각 HTML 문서로 이루어져 있고, 문서 내용 중 개인 식별 정보 관련, 게시물에는 개인정보로 보기는 어려운 닉네임이 표시되어 있으며, 수사기관은 압수수색을 통하여 작성자 ID, 작성자 접속 IP 정보를 확보할 수 있다.

다음카카오 및 네이버의 각 게시물 작성자는 게시물을 수정하거나, 삭제할 수 있다. 그러므로 수사기관은 인터넷 범죄 관련 게시물을 확인한 후, 압수수색을 통하여 이를 확보하기 전에 작성자가 위 게시물을 삭제하거나, 수정하는 것을 방지하기 위해 즉시(압수수색영장 없이) 해당 게시물을 확보할 필요성이 있다. 그리고 위 게시물을 증거로 사용하기 위해서는, 디지털 증거의 무결성, 신뢰성을 만족시키는 디지털 포렌식적 방법을 통하여 위 게시물을 확보할 필요가 있다. 이를 위하여 인터넷 웹 게시물을 원본과 동일하게 수집하고, 이를 검증할 수 있는 전문 프로그램이 필요하다. 본 연구에서는 위 프로그램이 기본적으로 수행하여야 할 기능을 제안하였다.

한편, 위 게시물은 대부분 언어적 표현으로 구성되어 있다. 위 게시물의 언어적 표현이 전문증거에 해당하는지 여부는 중요한 문제이다. 만약 위 언어적 표현이 전문증거에 해당한다면 형사소송법 제310조의2(전문법칙) ~ 제316조이 적용되고, 원칙적으로 이를 증거로 사용

할 수 없다. 본 연구에서는 이와 관련한 대법원 판결을 분석하고, 위 형사소송법 제310조의 2 ~ 제316조의 제정·개정 경위, 영미법상 전문법칙, 독일법상 직접주의 원칙을 분석하였다.

분석 결과, 현재 대법원 실시 법리에 ‘디지털 서면 증거가 위 전문 증거에 해당하는지 여부’ 판단에 관하여 일부 오류 가능성이 있음을 확인하였다. 이를 개선하기 위해서는 형사소송법의 전문법칙 규정의 개정이 필요하여 그 개정 규정을 제안하였다.

주요어: 인터넷 게시물, 닉네임, 전문법칙, 전문법칙의 예외, 직접주의 원칙, 국정원 댓글 사건, 형사소송법 개정, 인터넷 게시물 수집도구, 게시자 특정

학번 : 2015-26062

## 목차

I. 서론 .....	1
II. 양대 포털 홈페이지 게시물 존재 형식 및 수집대상 정보 .....	3
1. 양대 포털 홈페이지 게시물로 한정하는 이유 .....	3
2. 게시글의 구성요소 .....	3
3. 다음카카오( <a href="http://www.daum.net">http://www.daum.net</a> )의 게시물 .....	4
4. 네이버( <a href="http://www.naver.com">http://www.naver.com</a> )의 게시물 .....	6
5. 위 게시물에 포함되어 있는 특정인 식별 관련 정보 .....	8
III. 양대 포털 홈페이지 게시글의 성격 .....	11
1. 논의의 필요성 .....	11
2. 디지털 증거 .....	11
가. 디지털 증거의 개념 .....	11
나. 디지털 증거의 분류 .....	12
1). 생산과정에 따른 분류 .....	12
2). 데이터 유지 여부에 따른 분류 .....	13
3). 존재양식에 따른 분류 .....	13
다. 디지털 증거의 특징 .....	14
1). 매체독립성 .....	14
2). 비가시성, 비가독성 .....	14
3). 취약성 .....	15
4). 대규모성 .....	15
5). 전문성 .....	16
6). 네트워크 관련성 .....	16
3. 전자게시판 게시물의 서면성 여부 .....	16

가. 전자게시판 게시물의 서면성 규명의 필요성 .....	16
나. 전자게시판 게시물의 서면성 검토 .....	18
1). 기존의 서면 개념 .....	18
2). 서면성 인정여부에 대한 학설 .....	18
IV. 디지털 증거(게시물)의 증거능력 부여 요건 .....	21
1. 전자문서(디지털 증거)의 증거능력 부여의 전제조건 .....	21
가. 무결성, 진정성(authenticity) .....	22
나. 신뢰성(reliability) .....	22
다. 원본성(best evidence) .....	23
2. 전자문서의 증거능력 적용 법리 검토 필요성 .....	23
V. 형사소송법 관련 규정 및 판례이론 .....	24
1. 현행법규 .....	24
2. 헌법재판소 결정 .....	27
3. 대법원 판결사례 .....	30
가. 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317호 (소위 영남위원회 사건) .....	30
나. 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257호 (소위 일심회 사건) .....	31
다. 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511호 (소위 왕재산 사건) .....	35
라. 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978호 (소위 이석기등 내란음모 사건) .....	39
마. 대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625호 (소위 국정원 댓글 사건) .....	42

## VI. 형사소송법 관련규정의 제·개정 경위, 전문법칙

및 직접주의원칙 .....	54
1. 검토 필요성 .....	54
2. 한국 형사소송법의 직접주의 및 전문법칙 수용 경위 .....	56
가. 일제 강점기 형사소송법 .....	56
1). 일본 명치 시대 치죄법상의 조서규정 .....	56
2). 일본 대정 시대 형사소송법상의 조서규정 .....	57
3). 광복 이후 1954년 형사소송법 제정 이전 .....	58
나. 제정 형사소송법상 증거능력에 관한 규정 .....	58
1). 서설 .....	58
2). 증거능력 규정 .....	59
3). 증거능력 조문 특색 .....	60
4). 수사기관 조서의 증거능력 제한 요건으로서의 진정성립 규정 .....	61
다. 1961. 개정법상 증거능력 규정의 변화 .....	62
1). 서설 .....	62
2). 1961. 신설, 개정된 증거능력 규정 .....	62
3). 특색 .....	64
라. 현행법까지의 증거능력의 규정변화 .....	65
1). 서설 .....	65
2). 2007. 개정 형소법 증거능력 규정의 주요개정 사항 .....	65
3). 현행 형소법 증거능력 규정 신·구 대조표 .....	67
4). 특색 .....	68
3. 미국증거법의 전문법칙 .....	69
가. 서설 .....	69



나. 전문증거 .....	70
다. 전문증거인 진술증거와 전문증거가 아닌 진술증거 구별 .....	71
라. 해석론상 인정되는 비전문증거 .....	72
1). 계쟁사실로서 증명되는 서면 또는 발언 .....	72
2). 청취자·독자에게 미친 영향을 보이기 위한 발언 및 서면 .....	73
3). 원진술자의 정신상태 또는 감정을 정확적으로 보이기 위한 진술 .....	74
마. 미국 증거법의 비전문증거 .....	74
바. 전문법칙의 예외 .....	75
4. 대륙법체계의 직접주의 원칙 .....	78
가. 서설 .....	78
나. 직접주의 원칙 .....	79
다. 형식적 직접주의와 실질적 직접주의의 구별 .....	80
라. 전문법칙과의 구별 .....	80
마. 독일형사소송법 제251조의 변천과정 .....	81
바. 독일 형사소송법 제251조 .....	82
VI. 양대 포털 게시물 증거사용에 관한 문제점 .....	84
1. 서설 .....	84
2. 게시물의 진정성 관련 문제점 .....	85
가. 피고인의 변조 주장 가능성 .....	85
나. 작성자 특정 관련 문제 .....	86
3. 대법원 판시에 대한 검토 .....	87
가. 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317호 (소위 영남위원회 사건) .....	87

나. 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257호 (소위 일심회 사건) .....	88
다. 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511호 (소위 왕재산 사건) .....	89
라. 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978호 (소위 이석기등 내란음모 사건) .....	90
마. 대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625호 (소위 국정원 댓글 사건) .....	91
VII. 문제점에 대한 개선방안 .....	94
1. 증거사용의 문제점 .....	95
2. ①,② 번 문제점 개선방안-디지털 포렌식 수사의 관점 .....	95
가. 전문적 도구의 필요성 .....	95
1). 관련글 수집 기능 .....	96
2). 컴퓨터 주기억장치 일부 데이터 수집기능 .....	96
3). 이미징 및 해쉬값 산출기능 .....	96
4). 검증 기능 .....	97
나. 작성자 특정 관련 문제 .....	97
3. 대법원 해석에 대한 개선방안 .....	98
- 형사소송법 전문법칙 원칙 규정(제310조의2)의 개정제안 .....	99
<참조문헌> .....	101
<Abstract> .....	104

## I. 서론

1999년 3월 한국 정부의 ‘사이버 코리아 21’계획에 따라 인터넷 정보망을 보급하기 시작하여, 2015. 12. 31. 현재 가구 인터넷 보급률은 84. 4%<sup>1)</sup>에 달하도록 인터넷이 널리 보급되어 대부분의 시민들이 인터넷을 실생활에서 다양한 방식으로 이용하고 있다. 특히 스마트폰의 대중화에 따라 시민들이 각종 SNS 어플리케이션을 널리 활용한 결과 사이버 공간에서의 활동이 폭발적으로 증가하였다.

이처럼 시민들이 인터넷을 다양한 방식으로 활용함에 따라, 인터넷에 게시한 글, 그림, 음성, 동영상 등을 통해서 법률적으로 의미가 있는 행위를 하고, 경우에 따라서는 인터넷에 글을 게재하는 방법으로 타인의 명예를 훼손하거나, 타인을 협박하는 등의 범죄를 저지르는 경우가 발생하게 되었다.

대검찰청은 2014. 9. 경 ‘사이버상 허위사실 유포 사범 엄정 대응’ 방침을 발표하였는바, 그 방침에는 사이버 공간에서의 허위사실 유포와 명예훼손으로 인하여 사회적 폐해가 심각하다는 인식하에 인터넷 실시간 모니터링을 통해 허위사실 유포사범 등을 상시 적발하고, 중대한 사안의 경우에는 고소·고발전이라도 수사를 개시하겠다는 내용이 포함되어 있었다<sup>2)</sup>.

인터넷을 중심으로 하는 사이버 공간에서 각종 범죄가 저질러지고 있고, 많은 법률적인 의미가 있는 내용의 문서 등이 인터넷 등에 디지털 파일의 형태로 존재하고 있다. 위와 같은 인터넷 상의 범죄 행위 등을 처벌하기 위해서는 위 인터넷 상의 게시글이나, 파일 등을 증거로 사용할 필요성이 인정된다.

---

1) 통계청, ‘가구인터넷보급률 및 컴퓨터 보유율’, <http://www.index.go.kr>

2) 대검찰청 형사부, ‘사이버상 허위사실 유포사범 엄정 대응’, <http://www.spo.go.kr>

수사기관이 위와 같은 인터넷 게시물을 형사소송법상의 증거로 사용하기 위해서는 우선 증거능력을 갖추어야 하는바, 디지털 증거로서의 양대 포털 홈페이지 게시물의 성격을 규명하고, 인터넷 게시물의 경우 개념상 작성자를 특정할 수 있는 서명, 날인 등이 없다는 점에서 작성자를 어떻게 특정할 수 있는지 여부, 디지털 포렌식적 관점에서 어떻게 위 증거를 수집하여야 하는지 여부, 진술 등을 구성요소로 가지고 있다는 점에서 전문증거에 해당하는 것이 아닌지 여부 등에 대한 검토가 필요하다.

전문증거에 해당하는지 여부와 관련하여, 형사소송법 제310조의 2, 제311조 ~ 제316조까지의 전문법칙이 적용되는지 문제가 발생한다.

위 진술 증거의 증거능력과 관련하여서는, 위 형사소송법 규정이 전문법칙인지, 아니면 영미법상 전문법칙과 구별되는 개념인지 여부에 대해서 현재 명확히 정리되어 있지 않다. 대법원 판결례에서도 이 부분에 대한 해석을 사안마다 다르게 하고 있는 형편이고, 법조문 해석 관련해서도 논란이 있으며, 2016. 5. 경 디지털 증거와 관련하여 형사소송법의 위 규정의 개정이 있었는바, 이 부분에 대해서 현재 어떠한 문제가 있는지, 그 문제를 해결할 수 있는 방안은 무엇인지 정리가 필요하다.

본 연구에서는 양대 포털 홈페이지(네이버, 다음) 게시글을 중심으로, 이를 증거로 사용함에 있어서 발생하는 문제점 및 그 문제점에 대한 해결방안에 대해서 다루려고 한다. 우선 위 게시글의 게시 형식 등을 분석하고, 현재 수집이 가능한 정보를 특정한 후, 위 게시글이 어떠한 방식으로 증거조사 되고 있는지, 증거능력 요건을 충족시키려면 필요한 요소가 무엇인지(①디지털포렌식적 관점에서 위 정보를 어떠한 방식으로 수집하여야 하는지, 수집 방법 등의 여건은 충분한지 ②전문법칙과 관련한 문제는 없는지, 어떠한 방식으로 충족을 시켜

야 하는지), 증거능력 요건 충족관련 문제점이 있는지, 어떻게 개선하면 되는지 등을 검토하겠다.

## II. 양대 포털 홈페이지 게시물 존재형식 및 수집 대상 정보

### 1. 양대 포털 홈페이지 게시물로 한정하는 이유

본고에서는, 인터넷 게시물 중 양대 포털 홈페이지 게시물로 그 대상을 한정하였다. 그 이유는 우선 위 양대 포털 홈페이지가 시민들에게 이용되는 빈도가 높기 때문이다. 그리고, 나아가 아래에서 살피는 바와 같이 위 게시글을 누가 썼는지를 특정하기 위해서는 여러 가지 정보가 필요한데, 해외 홈페이지의 경우 그 정보를 어떻게 확보할 것인지 등이 불투명하기 때문이다.

특히, 현재 압수수색 영장 발부 실무상, 게시물에 대한 영장 집행은 서버에서 사본 등을 하는 방식으로 이루어지는데, 해외에 서버가 있는 경우 해외까지 나아가 하는지, 소위 컴퓨터 네트워크를 이용해서 글을 수집하는 온라인 방식의 압수가 가능한지 여부에 논란이 있고, 입법적인 해결이 필요하다는 의견이 있어 해외 서버에 올라와 있는 게시물에 대해서는 무엇들이 필요한지의 문제는 별도의 연구과제로 남기고, 본고에서는 위와 같은 문제가 발생하지 않는 국내 양대 포털 홈페이지의 게시물에 대한 것으로 한정하였다.

### 2. 게시글의 구성요소

양대 포털홈페이지의 글은 인터넷 서버에 HTML문서의 형식으로 저장되어 있다. HTML 양식은 1989년 팀 버너스리(Tim Berners-Lee)에 의해 처음 제안된 '월드 와이드 웹(World Wide Web)'은 인터넷

서비스에서 하이퍼텍스트(Hypertext) 문서를 이용하자'는 제안에서 시작되었으며, 보다 체계적으로 웹 관련 주요 기술을 논의하고 웹 표준과 가이드라인을 마련하기 위해 1994년 월드와이드 웹 컨소시엄(W3C)이 결성되었다. 뒤이어 HTML 문서의 표준안들이 개발되었다3).

위 HTML 문서는 인터넷 익스플로러와 같은 웹 브라우저를 통해 표현되는 문자와 이미지 양식이다. 즉 글의 내용이 되는 콘텐츠 주변에 TAG라고 말하는 일종의 코드 체계를 만들어서, 이를 통하여 콘텐츠의 일부를 제목으로 인식하여 표시하고, 문서의 시작과 끝을 알리며 글자에 대해서 강조를 하거나, 프레임을 나누거나, 표를 넣거나, 이미지를 붙이거나, 다른 인터넷 html 문서로 연결되게 하거나 하는 내용들을 표시한다.

위와 같이 만들어진 문서들은, 인터넷 월드 와이드 웹 서비스에서 HTTP 프로토콜을 이용해서 전송되고, 이 문서 내용은 인터넷 브라우저에서 해석되어 그 화면에서 내용이 표시된다.

### 3. 다음카카오 (Http://www.daum.net)의 게시글



3) 안병현-김병정, HTML5 표준화 현황과 활용사례, 정보과학회지 30호, 2012, 10쪽 이하

다음 카카오의 아고라 및 다음의 각종 카페의 게시물을 보면, 위 그림에서 제목 아래행의 박스로 표시된 부분에 닉네임(아이디와 구별되는, 별칭)이 표시되고, 그 옆에 아이디의 일부를 가린 글자가 표시되어 있으며, 글 작성시간이 표시되고 그 아래 글 내용이 표시된다.

위 내용들은 사용하는 인터넷 브라우저에서 현재 글 '저장하기' 등 기능을 이용하면, 위 글에 대한 HTML 파일과, 관련된 사진 등을 내려받을 수 있는데, 그 HTML 파일의 코드를 분석해 보아도, 위 화면에서 보이는 닉네임 등을 제외하면 다른 내용은 포함되어 있지 않다.<sup>4)</sup>

다만, 위 닉네임을 클릭하는 경우, 다음 홈페이지의 블로그 등 개인홈페이지와 연결되어 있는 이용자들이 있는데, 그러한 사람들의 경우는 블로그에서 개인의 아이디 등이 확인되는 경우가 있다.

그 외, 다음카카오에 특정 게시물에 대해서 압수수색을 하는 경우, 그 게시물을 작성한 사람의 아이디, 작성할 때 이용했던 IP, 위 아이디의 접속 내역 등을 확보할 수 있다.

그리고, 2016. 10. 경 다음 카카오 관리자에게 확인한 결과, 글자를 처음 게시할 때 게시일 등이 게시되고, 작성자가 이후 수정할 수 있으나, 수정하였다고 하여 위 게시일 등이 변경되는 것은 아니며, 수정일 등은 따로 보관하고 있지 않다. 작성자는 글을 게시한 이후, 이를 삭제할 수 있고(피해자의 피해 신고 등으로 블라인드 처리 되었다고 하더라도, 삭제 가능), 삭제하는 경우 어떠한 게시물이 게시되었는지 여부 등은 확인이 불가능하다.

---

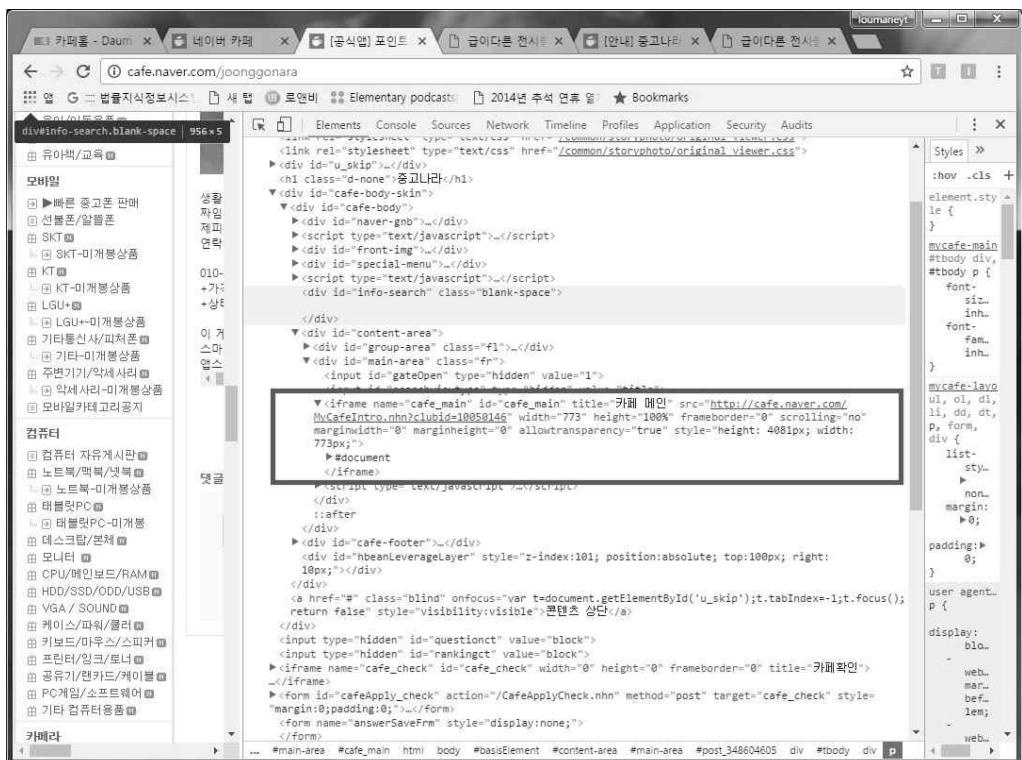
4) 과거 화면에는 표시되지 않더라도 HTML 파일의 코드를 확인하면, 아이디 등이 기록되어 있는 경우도 있었으나, 현재에는 아이디는 암호화되어서 표시되어 있거나, 아이디의 일부가 별표로 가려진 상태에서 기재되어 있다.

#### 4. 네이버 (Http://www.naver.com)의 게시물

네이버의 게시물 역시, 다음 게시물과 같이 닉네임과 작성시간 등이 게시물 열람을 통해서 확인할 수 있고, HTML 파일을 보아도, 아이디 등 특징인을 식별할 수 있는 내용은 없다.

다만, 다음 카카오 게시물과 차이가 나는 부분은, 네이버의 경우 인터넷 브라우저에서 HTML 파일을 내려받더라도, 그 파일에서 게시물의 내용은 포함되어 있지 않았다.

게시물 내용 분석결과,



네이버 게시물의 경우 위 사진과 같이 iframe 구문을 이용하여 하나의 html 문서 내에서 다른 문서를 호출하는 방식으로 작성되어



있다. 즉 위 게시판 Html 문서 자체에는 게시물 내용은 저장되어 있지 않고, 게시물이 저장되어 있는 "<http://cafe.naver.com/MyCafeIntro.nhn?clubid=10050146>" 주소에서 내용을 불러오는 방식으로 저장되어 있다.

그런데, 네이버 게시판에 접속해서 보는 경우에는, 위 내용이 인터넷 브라우저에서 확인이 가능하나, 위 게시물을 파일로 내려받으려고 하면, 위 내용은 저장되지 않는다. 위 게시물이 저장된 네이버 데이터베이스에서는, 접근 시도하는 컴퓨터의 권한 등을 파악하여 네이버 게시판 이외의 장소에서 네이버 데이터베이스로의 접근을 차단하고 있는 것으로 추정된다.

다만, 사용자가 컴퓨터에서 웹브라우저로 콘텐츠 내용을 보는 것이 가능하다면, 그 컴퓨터의 메모리에 위 콘텐츠 내용이 저장되어 있을 수 의미하므로, 다른 방법을 이용하면 사용자의 컴퓨터의 메모리에 임시 저장된 그 게시물의 내용을 저장할 수 있다. 그런데, 이렇게 하는 경우는, 1차 복제된 파일을 다시 복제하는 경우에 해당하므로, 증거물 확보 과정에서의 무결성이 문제될 수 있다.

그리고 2016. 10. 경 네이버 관리자에게 확인한 결과, 글자를 처음 게시할 때 게시일 등이 게시되고, 작성자가 이후 수정할 수 있으나, 수정하였다고 하여 위 게시일 등이 변경되는 것은 아니며, 수정일 등은 따로 보관하고 있지 않다. 작성자는 글을 게시한 이후, 이를 삭제할 수 있고(피해자의 피해 신고 등으로 블라인드 처리 되었다고 하더라도 삭제 가능, 단 네이버는 다음카카오와 다르게 신고가 있었던 글은 게시자가 삭제하더라도 약 1개월 정도는 글 내용을 보관하고, 법원의 압수영장이 있으면 이를 제공함), 삭제하는 경우 어떠한 게시물이 게시되었는지 여부 등은 확인이 불가능하다.

## 5. 위 게시물에 포함되어 있는 특정인 식별 관련 정보

각 게시물에 특정인 식별 관련 정보가 포함되어 있는지 여부를 따지는 이유는 아래에서 살펴보는 것과 같이 게시물 내용을 증거로 삼기 위해서는 작성자 등이 특정되어야 증거로 사용할 수 있는 경우가 많기 때문이다.

개인정보 보호법 제2조 제1항은 개인정보에 관하여 ‘살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보’, ‘해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 정보’라고 정의하고 있고, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 제1항 제6호에서는, ‘생존하는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호 등에 의하여 특정한 개인을 알아 볼 수 있는 부호·문자·음성·음향 및 영상 등의 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아 볼 수 없어도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 경우에는 그 정보를 포함한다)’라고 규정하고 있다.

우선, 위 각 게시물의 닉네임을 가지고 개인을 식별할 수 있는지가 문제된다. 다음이나, 네이버에서는 닉네임의 경우, 특정 사용자만 사용할 수 있는 것이 아니고 중복 사용이 허용되어 있어 닉네임만으로는 특정 개인을 식별할 수 없다. 나아가 다른 정보와 쉽게 결합하여 특정개인을 식별할 수 있는지 검토가 필요하다.

서울중앙지방법원 판결<sup>5)</sup> 등에서는 닉네임의 개인정보성에 관하여, ‘다음 아고라 게시판 서비스를 제공하는 다음커뮤니케이션은 그 회원가입에 실명 확인이 필요한 포털사이트이므로 다음 커뮤니케이션

---

5) 서울중앙지방법원 2014. 9. 11. 선고 2013고합577, 위 판결은 소위 국가정보원 댓글 사건의 1심 판결로서, 다른 중요한 논점 등이 포함되어 있어 아래에서 자세히 다루었다.

이 그 회원들의 실명, 주민등록번호, 전화번호, ID, 닉네임 등의 정보를 수집·보관하고 있는 것으로 보이고, 따라서 특정회원의 닉네임 정보는 그 자체만으로 개인을 식별할 수 없는 정보라고는 보기 어렵더라도 위와 같이 다음커뮤니케이션이 보관하고 있는 회원들에 대한 인적사항 정보와 결합할 경우 쉽게 개인을 식별할 수 있으므로, 결국 다음소프트가 검사에게 임의로 제출한 다음 아고라 게시판의 게시글 정보는 개인정보보호법상의 개인정보에 해당한다고 봄이 타당하다.'라고 판시하였다.

다른 서울중앙지방법원 판결<sup>6)</sup> 중에 해당 법문의 의미에 대해 판시한 내용이 있는바, 소위 '증권통 사건' 판례이다. 증권통 사건은 '증권통'이라는 앱이 사용자의 동의없이 개인식별 기기정보를 저장했다가 문제가 된 사건이다. 사건의 내용은 다음과 같다. 모 앱개발업체가 안드로이드 서비스를 기반으로 '증권통'이라는 증권 정보 애플리케이션을 개발하여 공급하였는데, 위 애플리케이션은 사용자의 동의없이 국제모바일단말기 인증번호(IMEI)와 범용가입자 식별모듈(USIM) 일련번호의 조합 정보를 자동으로 추출하거나 만일 운영체제와의 단말기 차이 때문에 USIM 일련번호를 가져오지 못하는 경우에는 IMEI와 사용자 개인휴대전화번호의 조합 정보를 임의로 가져와 서버에 저장하였다. 피고인측은 위와 같은 조합정보(IMEI+USIM 일련번호)는 피고인측이 가지고 있는 어떠한 정보들과 결합하더라도 도저히 특정인을 식별할 수 없는 것으로 개인정보에 해당하지 아니한다고 주장하였으나, 법원은 위 피고인측의 주장을 배척하면서, "정보통신망법 제2조 제1항 제6호는 '개인정보'란 생존하는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호 등에 의하여 당해 개인을 알아볼 수 있는 부호·문자·음성·음향 및 영상 등의 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없어도 다른 정보와 쉽게 결

---

6) 서울중앙지법 2011. 2. 23. 선고 2010고단5343호

합하여 알아볼 수 있는 경우에는 그 정보를 포함한다)’라고 규정하여, 해당정보만으로 특정개인을 알아볼 수 있는 정보와 다른 정보와 쉽게 결합하여 특정 개인을 알아볼 수 있는 경우를 포함하는 것으로 정의하고, 이때 당해 정보와 결합 가능한 다른 정보가 모두 동일인에게 보유하고 있는 것을 전제로 하지는 아니하고 있다.”고 하면서, “여기서 ‘쉽게 결합하여 알아 볼 수 있다’는 것은 쉽게 다른 정보를 구한다는 의미이기 보다는 구하기 쉬운지 어려운지와는 상관없이 해당정보와 다른 정보가 특별한 어려움없이 쉽게 결합하여 특정 개인을 알아볼 수 있게 되는 것을 말한다 할 것이다. 오늘날 정보화의 진전에 따라 종전에 쉽게 결합할 수 없었던 정보들이 쉽게 결합되어 개인을 식별할 수 있는 자료로 작용되기에 이르렀고, 따라서 기계적인 정보라 하더라도 특정 개인에게 부여되었음이 객관적으로 명백하고, 이러한 정보를 통하여 개인이 식별될 가능성이 크다면 이를 개인정보로 봄이 상당하다.”고 판시하였다.

위 국가정보원 댓글 사건에서 법원은 닉네임에 성명, 전화번호 등이 포함되어 있는 경우도 있고, 다른 정보와 종합하여 볼 경우 개인을 식별할 수 있는 자료로서 개인정보에 해당한다고 설시하였지만, 다음, 네이버의 닉네임의 경우 전체로 볼 때 중복사용이 가능하고, 자유롭게 변경이 가능하고, 사용자별로 특정기간동안 어떠한 닉네임을 사용하였는지에 대한 정보 역시 저장되지 않는바, 닉네임만으로는 도저히 개인을 특정하기 어렵고, 다른 정보들을 종합하여 개인을 식별한다고 하더라도, 위 닉네임 정보가 있든지, 없든지 관계없이 개인의 식별력에는 별다른 영향을 주기 어려운 점(닉네임과 아이디, 닉네임과 전화번호, 닉네임과 IP 등 사이에 연관성이 있다고 보기 어렵다)이 있어 위 닉네임을 개인정보로 보기 어려운 측면도 존재한다.

### Ⅲ. 양대 포털 홈페이지 게시글의 성격

#### 1. 논의의 필요성

양대 포털 홈페이지 인터넷 게시글의 경우, 위 홈페이지에 관한 서버의 데이터베이스에 디지털의 형태로 저장되어 있다는 점에서 디지털 증거에 해당하고, 게시물은 주로 글로 쓰여 있다는 점에서 디지털 형태의 서면으로 볼 수 있다.

위 게시물을 증거물로 확보 방안을 고려하기 위해서는, 위 각 특성을 살펴봄으로써 양대포털 홈페이지의 게시글이 어떠한 성질을 갖는지를 규명하는 것이 필요하다.

#### 2. 디지털 증거

##### 가. 디지털 증거의 개념

디지털 증거란, 디지털 형태로 저장되거나 전송되는 증거가치 있는 정보<sup>7)</sup> 또는 법정에서 신뢰할 수 있는 저장되거나 전송되는 이진수 형태의 정보<sup>8)</sup>를 의미한다. 여기서 디지털이란 0과 1의 이진수 체계로 표시되고, 저장되는 텍스트, 이미지, 오디오 및 동영상 등의 파일을 말하는 것으로 주로 컴퓨터에 의해서 처리되고, 저장되는 정보를 의미한다.

---

7) 1998년, 미국 법무부 마약수사청, 연방수사국, 국세청 범죄수사단, 관세청, 항공우주국 등 연방기관의 증거분석연구소들을 중심으로 구성된 디지털증거에 관한 과학실무그룹(Scientific Working Group on Digital Evidence: SWGDE)에서 정의

8) 1995년 미국, 영국, 호주 등 여러 국가의 법 집행관계자들을 중심으로 창설된 컴퓨터 증거에 관한 국제조직 IOCE(International Organization on Computer Evidence)에서 한 정의

## 나. 디지털증거의 분류

### 1). 생산과정에 따른 분류

미국의 법정에 제출되고 있는 증거들은 개인적인 데이터를 기록한 컴퓨터 기록, 공공데이터, 영업적 데이터, 각종 사고의 재구성, 시뮬레이션 등이 있는데, 이등원은 위 증거들을 다음과 같이 분류하였다<sup>9)</sup>.

첫 번째 유형인 사람의 손을 거치지 않고 컴퓨터에 의하여 스스로 저장된 데이터는, 컴퓨터 스스로에 의해서 데이터가 저장된 경우로서 비행기에 설치된 블랙박스에 비행기록들이 스스로 기록되는 경우 등이 이에 해당하고, 이러한 증거들은 기록 자체가 고도의 신빙성을 가지고 있는 경우로서 사람의 입을 통해 나온 증거가 아니므로 전문증거에 해당하지 않아 사건 관련성 문제나, 진정성립(relevancy and authenticity)만 극복하면, 충분히 증거로 사용될 수 있다.

각종 컴퓨터 운영체제에서 자동으로 생성하는 운용기록(소위 log<sup>10)</sup>기록), 홈페이지 접속내역 등도 이에 해당한다. 최근 컴퓨터 범죄에서 어떤 사람이 특정 컴퓨터에 접근하여 특정한 행동을 하였는지 여부를 추적하려고 할 때 위 정보를 이용한다.

두 번째 유형인 사람의 손을 거쳐서 컴퓨터에 저장된 데이터의 경우, 미국법 체계하에서는 이런 모든 데이터들이 입력자 또는 데이터 공급자의 진술로 인정되는 전문증거로 분류되어 전문증거의 예외사항에 해당하지 않는 한 법정에 증거로 소개하는 것이 금지되고

---

9) 이등원, “컴퓨터로 생성된 증거의 증거능력”, 법무부, 해외파견검사연구논문집 9권, 308쪽 이하

10) 컴퓨터의 부팅(시간, 사용자 정보, 에러메시지), 사용한 서비스(실행시킨 프로그램, 에러메시지), 실행된 프로그램 안의 생성파일, 접속한 인터넷 홈페이지 내역 등 컴퓨터의 작동, 상황의 변경, 변경 원인 등에 관하여 사후 관리 등을 위해 자동적으로 저장되도록 설계된 정보

있다.

세 번째 유형은 소송목적을 위해서 작성된 증거로 분류할 수 있고, 교통사고나 비행기 충돌사고 같은 경우 당사자들(미국에서는 철저한 당사자 중심주의이기 때문에 형사사건에 있어서도 검사를 단순히 당사자라고 부르고 있다)이 배심원들 등을 설득하기 위해 시각적 증거를 공적 또는 영업적 컴퓨터 데이터에 기초하여 시뮬레이션 등을 작성하고 있다. 미국에서는 위와 같은 시뮬레이션 자료 등도 기본 데이터에 이미 전문증거를 포함하고 있어 완성된 시뮬레이션 역시 전문증거로 분류된다.

## 2). 데이터 유지 여부에 따른 분류

디지털 증거는 하드디스크, SSD, USB 와 같이 매체에 저장되어 컴퓨터의 전원이 꺼지더라도 저장된 상태를 유지하는 정보와, 매체에 저장되지 아니하고 컴퓨터가 구동될 때에만 주기억장치(RAM)에 저장되었다가 컴퓨터의 전원이 꺼지면 정보가 손실되는 휘발성 증거가 있다.

## 3). 존재양식에 따른 분류

오기두는 전자증거<sup>11)</sup>의 증거조사방식이나 전문법칙 적용여부에 관하여 의미가 있는 분류법으로, 자기테이프나 자기디스크 등 전자기록매체의 “존재” 그 자체가 증거로 되는 경우와, 전자기록이 일정한 전자정보처리조직에 의해 출력, 작성되어 그 “내용”이 증거로 되는 경우로 분류하는 것이 타당하다는 의견<sup>12)</sup>을 밝혔다.

---

11) 전자적 증거는 전기와 자기 신호를 이용하여 저장매체에 정보를 저장하는 방식으로 저장된 정보를 총칭하는 것으로, 위와 같은 전자적 증거는 디지털 방식이나, 아날로그 방식으로 저장이 가능하다는 점에서, 위 디지털 증거의 개념과 구별된다.

12) 오기두, “전자증거법”, 박영사, 2015., 102쪽 이하, Arkin, Bohrer, Cuneo, Donohue, Kaplan, Kasahof, Levander, Sherizen, "Prevention and Prosecution of Computer and High Technology Crime" ¶ 8.03 at 8-48-90

전자에 대해서는 증거물인 서면의 조사방식에 따라 이를 제시 하여야 하며, 전문법칙이 적용될 수 없는 증거이나, 후자에 대해서는 증거서류에 관한 증거조사 방식에 따라, 그 내용을 고지하거나, 열람케 하거나, 낭독하거나, 그 내용을 알기 위해 검증이나 감정의 성질을 가진 절차에 따라 증거조사가 실시되며, 이에 관하여서는 전문법칙을 적용하거나, 준용해야 되는 증거에 해당한다는 것이다.

#### 다. 디지털 증거의 특징<sup>13)</sup>

##### 1). 매체 독립성

디지털 증거는 ‘유체물’인 각종 디지털저장매체에 저장되어 있는 것도 있으나, 인터넷 등을 통해 전송 중 상태인 것도 있다. 이처럼 디지털 증거는 저장되거나, 전송중인 정보 그 자체를 말하는 것으로 어느 매체에 저장이 되어 있든 동일한 내용, 동일한 가치를 가진다. 이는 원본, 사본을 구별하려는 경우에 의미를 가지나, 디지털 증거의 경우, 복제가 이루어지면 그 원본과 사본을 구별할 수 없다.

##### 2). 비가시성(非可視性), 비가독성(非可讀性)

디지털 증거 자체는 0, 1로 구성된 내용으로서 위 증거가 일정한 저장매체에 저장이 되어 있다고 하더라도, 일정한 정보처리 절차를 통해 모니터, 문서 등에 출력하지 아니하고서는 오감을 통해서 그 내용을 보거나, 읽을 수 없는 특징이 있다. 이는 위 저장매체에 저장되어 있는 정보를 읽기 위해서는 컴퓨터에서 위 데이터를 생성한 프로그램을 실행한 후 위 데이터를 읽어 처리하고, 이를 모니터 또는 서면 등으로 출력하여야 그 내용을 볼 수 있다는 것이다.

---

13) 대검찰청, 검찰수사 실무전범 II, 2008, 261쪽 이하



여기에서 원래 디지털 증거 그 자체는 가시성·가독성이 없는 매체 독립적인 정보이므로, 법정에 증거로 제출되기 위해서는 예컨대, 문서파일을 프린터로 출력하여 그 출력물을 증거로 제출하는 것과 같이 가시성·가독성이 있는 형태로 변환하여 제출하여야 하는데, 이러한 과정에서 제출한 출력물을 원본으로 볼 수 있는지 문제가 발생한다.

### 3). 취약성

디지털 증거의 경우, 위와 같이 특정한 저장매체에 저장되는 경우가 다수인데, 간단한 명령만으로도 위 저장매체에 저장된 정보를 삭제하거나, 변경하는 것이 가능하다. 컴퓨터 작동 과정에서 특별한 조작이 없더라도 시스템 내의 파일에 변화가 일어나는 경우도 있다.

특히, 디지털 증거는 컴퓨터 프로그램에서 해당 데이터를 수정 등 변경할 때 언제 어떤 변경이 있었는지에 대한 정보를 저장하는 경우도 있으나, 그 저장된 정보 역시 데이터 파일의 기재를 변경하기 쉽다는 점에서 취약하다.

즉 증거의 측면에서 고려할 때 디지털 증거의 경우, 손쉽게 위조 변조가 가능하다는 특성이 있어 이 때문에 디지털 증거를 확보 및 증거로 사용하려는 경우, 원본 그대로 수집되어 증거로 사용되기 까지 변경되지 않았음을 입증하기 위한 기술 및 절차 등(무결성 입증)이 필요하다.

### 4). 대규모성

현재 저장기술의 비약적인 발전으로 인하여, 과거에는 상상하지도 못했던 정도의 정보가 대량으로 저장되어 있는 경우(소위 빅데이터)가 많고, 특히 큰 회사의 모든 정보가 저장되거나, 다중이 공동으로 이용하는 서버의 경우에는 다양한 정보가 대량으로 저장되는 경우

가 있다.

#### 5). 전문성

디지털방식으로 자료를 저장하고 이를 출력하기 위해서 기본적으로 자료의 데이터 형식에 맞는 컴퓨터 운영체제 및 프로그램을 선택하여야 하고, 나아가 압수된 디지털 증거를 분석하기 위해서는 전문적인 지식을 갖춘 전문가의 도움이 필요하다.

#### 6). 네트워크 관련성

많은 컴퓨터들은 현재 인터넷, 회사 내부망, 정부기관 내부망 등과 같은 네트워크를 통하여 연결되어 있다. 그리고, 그 네트워크를 통하여 디지털 증거 등이 복제, 전송되는 경우가 많고, 네트워크를 통하여 각종 정보가 이용되는 방법 역시 다양하다.

이와 관련하여, 원격지 컴퓨터 등에 대한 네트워크를 이용한 방식의 압수수색을 허용할 것인지 등의 문제가 발생한다.

### 3. 전자게시판 게시물의 서면성<sup>14)</sup> 여부

#### 가. 전자게시판 게시물의 서면성 규명의 필요성

현행 형사소송법(일부개정, 2016. 5. 29. 법률 제14179호)으로 개정되기 이전의 구 형사소송법 제313조, 314조, 315조 등의 서류의 개념속에 컴퓨터 조작에 의한 디지털 자료의 형태로 존재하고 있거나 이를 출력한 문서인 경우, 위 각 형사소송법 규정상의 서면으로 볼 수 있는지가 문제되었다.

위 각 구 형사소송법 규정들은 각 증거가 문서임을 전제로 하고

---

14) 오기두, 전게서, 104쪽 이하

있는바, 컴퓨터 조작에 의해 작성되고, 전기통신 방법을 통하여 전송되며, 전자기록물 형태로 보관되는 디지털 증거는 그 자체로는 보고 읽는 것이 불가능하여 이를 전통적인 의미의 문서 내지 서면이라고 할 수 있는가 하는 문제가 발생하기 때문이다.

나아가, 일반적인 서증의 경우 작성명의인을 특정할 만한 서명, 날인 등의 정보가 있는지 여부에 따라 진정성립 여부를 따져 증거능력을 부여하고 있는바, 디지털 증거의 경우, 위와 같은 서명, 날인 등이 없는 점 역시 문제가 되었다.

한편, 2016. 5. 29. 시행된 현행 형사소송법(일부개정, 2016. 5. 29. 법률 제14179호)에 의하면, 형사소송법 제313조 제1항, 제314조의 서류에 컴퓨터용디스크, 그밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 문자, 사진, 영상 등 정보도 서류에 해당한다는 취지로 형사소송법 개정이 있었다.

오기두는 위와 같은 법률 개정 전 이 문제와 관련하여, 가사 전자 테이프, 자기디스크 등에 기재되어 있는 내용을 기존의 문서와 동일한 지위를 가진다고 보는 특별규정을 형사소송법에 마련한다고 하더라도, 이를 컴퓨터 증거의 서면성을 긍정하는 입장에서 단순한 주의적 규정이라고 볼 것인지, 아니면 그 서면성을 부정하면서 예외적으로 입법에 의해 그 서면성을 인정하려는 규정으로 볼 것인지 견해의 대립이 계속될 수 있다는 의견을 표명했다.<sup>15)</sup>

전통적으로 형법상의 사문서위조의 개념에, 전자 또는 자기 디스크에 저장되어 있는 문서 등은 포함되지 않는다고 해석하는 기존의 판례의 태도 등을 고려할 때, 위 오기두가 제기하는 문제의식은 유효하고, 개정법에도 불구하고 위 논의는 필요하다.

---

15) 오기두, 전거서 106쪽 이하

## 나. 전자게시판 게시물의 서면성 검토

### 1). 기존의 서면의 개념

대법원은 “문서라 함은 문자 또는 이에 대신할 수 있는 가독적 부호로 계속적으로 물체상에 기재된 의사 또는 관념의 표시인 원본 또는 이와 사회적 기능, 신용성 등을 동시할 수 있는 기계적 방법에 의한 복사본으로서 그 내용이 법률상, 사회생활상 주요사항에 관한 증거로 될 수 있는 것을 말한다”고 판시<sup>16)</sup>함으로써, 문서의 요소로 가독성, 계속성, 증거성 등을 들고 있다.

### 2). 서면성 인정여부에 대한 학설

#### 가). 적극설<sup>17)</sup>

전자기록물도 문서임을 인정할 수 있다는 견해이다. 전자기록매체에 기록된 데이터의 내용은 육안으로 확인할 수 없으나, 문서의 내용은 반드시 물리적으로 확인할 수 있어야 하는 것은 아니고, 워드 프로그램 등을 사용하여 그 내용을 논리적으로 해독할 수 있다면 이를 문서라고 보는데 문제가 없다고 할 것이므로, 전자기억매체상의 데이터는 새로운 형태의 문서라는 것이다.

미연방증거규칙(소위 미국증거법) 제1001조 제1항은, “글”이라 함은 ‘여러 가지 형태로(in any form) 된 글자, 단어, 숫자 등을 의미’하며 “기록”이라 함은 ‘글자, 단어, 숫자 등이 여러 가지 방법으로 보존(in any manner)된 것을 의미한다’고 규정되어 있다<sup>18)</sup>. 위와 같이 보존 형식에 대해서는 ‘여러 가지 형태’라는 기술로 넓게 규정하고, 뒤이어 전자정보(electronically stored information)의 “원본”이란 ‘프

16) 대법원 1989.9.12.선고, 87도506 전원합의체 판결

17) 오기두, 전거서 107쪽 이하

18) 김희균, 미연방증거규칙(Federal Rules of Evidence), 형사법의 신통향 48호, 2015

린트나, 기타 시각으로 확인할 수 있는 산출물로서 저장된 정보를 정확하게 반영(accurately reflects the information)하는 것을 말한다'고 규정함으로써, 위 글, 기록 등에 전자증거도 포함됨을 명백하게 하였다.

#### 나). 소극설

전자증거는 그 자체로 가독성이 없고, 작성자의 서명, 날인이 없는 경우가 대부분이므로 문서의 개념인 가독성, 보장성에 포섭될 수 없다는 견해이다. 즉 천공카드, 프린트 아웃된 서류자체의 서면성을 인정할 수 있다고 해서 전자적, 자기적 형태로 기록된 전자증거의 서면성을 인정할 수 없다는 견해이다.<sup>19)</sup>

그 논거로, 첫째 컴퓨터에 보존되어 있는 전자기록물은 판독장치를 동원하면 그 의미내용을 이해할 수 있지만 일반인의 오감상 가시성 내지 가독성을 흠결하였고, 둘째, 인장의 날인이나 서명도 성질상 배제되어 있으며, 셋째, 자기 디스켓 등에 입력되어 있는 자기는 어떤 형체로서 물체위에 표시되어 있는 것이 아니라, 마이너스(-), 플러스(+),의 자성체에 불과하고, 이러한 자성체는 순간적으로 흔적도 없이 소멸될 수 있어 영구성을 결하고 있다는 점을 든다.<sup>20)</sup>

결국 기존의 문서의 역할, 기능이 상당부분 컴퓨터에 의해서 정보 처리로 대체되었다 하더라도 그것이 출력되어 재생된 문서와 컴퓨터 기록은 구별하여야 한다는 견해이다.

오기두는 이에 대하여, 무엇보다도 전통적 의미에서 문서의 요건으로 들고 있는 보장성, 영속성 및 가독성, 증명성에 관하여 살펴볼

---

19) 오기두, 전거서, 109쪽 이하, 임양운, “신용카드 범죄의 실무상 문제”, 한국법학원, 저스티스, 182쪽

20) 조규정, “컴퓨터 조작범죄-유형과 처벌을 중심으로”, 116쪽, 장영민, “형법개정안의 컴퓨터 범죄”, 88쪽

때, 전자기록물은 시각적 지각가능성이 없고, 또 다수인에 의하여 만들어지는 경우가 많으므로 명의가 없거나, 분명하지 않은 경우가 있어서 보장성을 결하는 경우가 많아 이를 문서로 보기 어렵고, 형사소송법상으로도 서면과 동일하게 보기에 의문이 있다는 의견을 밝혔다<sup>21)</sup>.

#### 다). 대법원 판결의 태도

대법원 판결<sup>22)</sup>에서도, 검사는 디지털 저장매체에 저장되어 있던 문건 등을 출력하여 증거로서 제출하고 있고, 법정에서는 압수시 저장된 원본의 해쉬 값과, 이미징 작업을 통해 생성된 파일의 해쉬 값이 동일한지, 파일의 내용과 출력된 문건이 동일한지 여부를 따져 동일한 것으로 인정되는 경우 이를 증거로 사용할 수 있다는 태도를 취하며, 위 증거에 대한 증거조사 방식은 서증 조사 방식을 택하고 있다.

#### 라). 검토

현재, 전자문서의 형태로 다양한 문서들이 만들어지고, 그러한 문서들은 물리적인 종이에 인쇄함이 없이 디지털 정보의 형태로 보관되는 경우도 많으며, 위와 같은 파일들이 특정 사실 입증을 위해 증거로 사용되는 경우도 점차 그 빈도수가 증가하고 있다.

전자증거가 디지털의 형태로 저장되어 있어, 육안으로 그 내용을 직접 확인할 수 없다 하더라도, 특정 컴퓨터 프로그램을 통해 저장된 디지털 문서의 내용을 정확히 확인할 수 있다. 나아가 삭제·수정 등 인위적인 조작 없이 그 내용이 사라지는 것이 아니어서 보장성, 가독성이 없다고 하기 어렵고, 많은 경우 디지털 증거의 취약성으로 인하여 서면으로서의 증명성이 부족하다고 볼 여지가 있는 것은 사실이지

---

21) 오기두, 전게서, 109쪽 이하

22) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257호 사건 등

만, 현재 인터넷을 통하여 휴대전화 개통 신청서 양식에 필요한 정보를 입력하고, 이를 저장하는 것과 같이 증명성, 계속성 등이 인정되는 디지털 서면 역시 존재한다.

현재 디지털 증거 확보와 관련한 디지털 포렌식 기술이 크게 발전하였다. 디지털 문서 원본 자체가 디지털 포렌식의 방법에 의해 확보되는 경우, 그 문서의 증명성, 계속성 등이 객관적으로 인정되고 있다.

디지털 문서가 코드 등으로 저장되어 있다고 하더라도, 그 코드가 컴퓨터 프로그램에서 해석되어 화면 또는 서면에 출력되어야 사람은 그 내용을 인지할 수 있다. 그렇다면, 위 저장형태를 떠나 그 본질은 서면이라고 할 것이므로 전자문서의 서면성을 인정하되, 전자문서의 특성을 고려하여 증거능력 또는 증명력의 문제로서 그 전자문서의 효력을 다루면 충분할 것으로 사료된다.

#### IV. 디지털 증거(게시물)의 증거능력 부여 요건

##### 1. 전자문서(디지털 증거)의 증거능력 부여의 전제조건

디지털 증거의 경우, 앞서 살펴본 것과 같이 기존의 증거와 구별되는 디지털 증거의 특성으로 인하여, 이를 증거로 사용하기 위해서는 기본적으로 갖추어야 할 선결적인 문제가 있다. 디지털 증거가 매체 독립적인 특성으로 인하여 복제된다고 하더라도 원본과 동일하며, 그 변경 등을 가하기 쉽고, 변경된 내용을 확인하기 어려운 특성이 있기 때문이다. 디지털 증거사용이 가능하기 위해서는 우선적으로, 무결성 또는 진정성, 신뢰성, 원본성의 문제가 해결되어야 한다.<sup>23)</sup>

---

23) 김영기, 디지털 증거의 진정성립부인과 증거능력부여방안, 형사판례연구 19, 2011, 516쪽 이하

가. 무결성, 진정성(authenticity)<sup>24)</sup>.

진정성이란, 사후에 제출된 증거가 저장·수집과정에서 오류가 없으며 특정한 사람의 행위의 결과가 정확히 표현되었고, 그로 인하여 생성된 자료인 것이 인정되어야 한다는 것이고, 무결성이란 디지털 증거는 다른 증거와 달리 변경, 훼손이 용이하고, 변경되거나 훼손되었음을 확인하기 어려운 특징이 있으므로 최초 증거가 저장된 매체에서 법정에 제출되기까지 디지털 증거의 변경이나 훼손이 없어야 한다는 것이다.

나. 신뢰성(reliability)

신뢰성은 디지털 증거를 수집, 분석하는데 사용하는 컴퓨터와 프로그램은 정확하고 신뢰할 수 있어야 하며, 디지털 증거를 수집, 분석하는 디지털 포렌식 수사관 역시 전문적인 지식을 가진 사람으로, 신뢰할 수 있는 사람이어야 한다는 것이다.<sup>25)</sup>

위와 같은 신뢰가 보장되지 않고서는 디지털 증거가 변경, 훼손되기 쉽고, 그와 같은 변경 내용을 확인하기 어렵다는 점을 감안할 때 이를 증거로 사용하기 어렵기 때문이다.

기존의 논의는 주로 압수된 컴퓨터나 모바일 기기의 데이터에 대해서 이루어졌고, 위 디지털 증거의 수집은 세계적으로 공인된 Encase 등의 프로그램이 사용되어 신뢰성에 문제가 제기되는 경우가 거의 없었으나, 새로운 디지털 증거의 수집이 필요하고 현재 위 공인된 프로그램에 증거를 신뢰성 있게 수집하는 기능이 없다고 한다면, 어떻게 이를 입증할지 문제가 발생할 수 있다.

---

24) 대검찰청, 검찰수사 실무 전범 II, 2008, 317쪽 하단 각주

25) 대검찰청, 같은 책, 317쪽 이하



#### 다. 원본성 (best evidence)

원본성은 디지털 증거는 그 자체로는 가시성, 가독성이 없으므로 증거사용을 위해서는 인쇄물로 출력하여야 하는 경우가 보통인데, 이와 같은 출력물을 디지털 증거의 원본과 함께 볼 수 있는지의 문제를 말한다. 미국에서는 '법정에는 원본이 제출되어야 한다'는 소위 '최우량증거법칙'의 문제가 있어 원본성을 갖추어야 한다는 논의로 다루어졌으나<sup>26)</sup>, 한국 형사소송법은 미국과 달리 최량증거원칙을 채택하고 있지 않으므로, 원본성에 대한 검토 실익이 크지 않다.

#### 2. 전자문서의 증거능력 법리 검토 필요성

양대 포털홈페이지의 게시글이 증거로 사용되기 위해서는 증거능력을 갖추어야 한다. 게시글의 내용은 대부분 글이나 진술로 구성되어 있다. 나아가 이미지 등이 사용되는 경우가 있더라도, 이는 위 글이나 진술을 부연하기 위해서 사용되는 경우가 많다. 진술증거의 경우 입증취지에 따라 전문증거가 되는 경우가 있는데, 위 게시글 역시 입증취지에 따라, 전문진술을 포함하고 있을 가능성도 있고, 그렇지 않을 수도 있다.

양대 포털홈페이지 게시글에 전문진술을 포함하고 있다면, 형사소송법의 전문법칙 조문이 적용되어 원칙적으로 증거로 사용할 수 없다. 대한민국의 경우, 미국의 전문법칙 체제와 상당히 다른 전문법칙에 대한 조문체제로 이루어져 있고, 대법원은 이에 관하여 독특한 해석론을 판시하고 있어 이에 대한 검토가 필요하다.

논의의 편의상, 전문법칙 등 법리적 문제점에 관한 검토 이후, 디지털 포렌식적 측면에서의 증거 확보에 관한 문제점 등을 검토하겠

---

26) 대검찰청, 같은 책, 317쪽 이하

다.

## V. 형사소송법 관련 규정 및 판례이론

### 1. 현행 법규

#### 가. 현행 형사소송법 규정

第310條의2(傳聞證據와 證據能力의 制限) 第311條 乃至 第316條에 規定한 것 以外에는 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述에 대신하여 陳述을 記載한 書類나 公判準備 또는 公判期日 外에서의 他人의 陳述을 內容으로 하는 陳述은 이를 證據로 할 수 없다. [본조신설 1961.9.1]

第311條(法院 또는 法官의 調書) 公判準備 또는 公判期日에 被告人이나 被告人 아닌 者의 陳述을 記載한 調書와 法院 또는 法官의 檢證의 結果를 記載한 調書는 證據로 할 수 있다. 第184條 및 第221條의2의 規定에 依하여 作成한 調書도 또한 같다.<개정 1973.1.25, 1995.12.29> [전문개정 1961.9.1]

제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)

- ① 검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.
- ② 제1항에도 불구하고 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.
- ③ 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방

식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

- ④ 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.
- ⑤ 제1항부터 제4항까지의 규정은 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서에 관하여 준용한다.
- ⑥ 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에서의 작성자의 진술에 따라 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. [전문개정 2007.6.1]

#### 第313條(陳述書等)

- ① 前2條의 規定 以外에 被告人 또는 被告人이 아닌 者가 作成한 陳述書나 그 陳述을 記載한 書類로서 그 作成者 또는 陳述者의 自筆이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 公判準備나 公判期日에서의 그 作成者 또는 陳述者의 陳述에 依하여 그 成立의 眞正함이 證明된 때에는 證據로 할 수 있다. 但, 被告人의 陳述을 記載한 書類는 公判準備 또는 公判期日에서의 그 作成者의 陳述에 依하여 그 成立의 眞正함이 證明되고 그 陳述이 特히 信憑할 수 있는 狀態下에서 行하여 진 때에 限하여 被告人의 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述에 不拘하고 證據로 할 수 있다.<개정 2016.5.29>
- ② 제1항 본문에도 불구하고 진술서의 작성자가 공판준비나 공판기일에서 그 성립의 진정을 부인하는 경우에는 과학적 분석결과에 기초한

디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 피고인 아닌 자가 작성한 진술서는 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 작성자를 신문할 수 있었을 것을 요한다. <개정 2016.5.29>

- ③ 감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항 및 제2항과 같다. <신설 2016.5.29> [전문개정 1961.9.1]

제314조(증거능력에 대한 예외) 제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다)를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.<개정 2016.5.29>

第315條(當然히 證據能力이 있는 書類) 다음에 揭記한 書類는 證據로 할 수 있다.<개정 2007.5.17>

1. 가족관계기록사항에 관한 증명서, 公正證書謄本 其他 公務員 또는 外國公務員의 職務上 證明할 수 있는 事項에 關하여 作成한 文書
2. 商業帳簿, 航海日誌 其他 業務上 必要로 作成한 通常文書
3. 其他 特히 信用할 만한 情況에 依하여 作成된 文書

第316條(傳聞의 陳述)

- ① 피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述이 被告人의 陳述을 그 內容으로 하는 것인 때에는 그 陳述이 特히 信憑할 수 있는 狀態下에서 행하여졌음이 증명된 때에 限하여 이를 證據로 할 수 있다.<개정 2007.6.1>

- ② 被告人 아닌 者의 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述이 被告人 아닌 他人의 陳述을 그 內容으로 하는 것인 때에는 原陳述者가 死亡,

疾病, 外國居住, 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 事由로 因하여 陳述할 수 없고, 그 陳述이 特히 信憑할 수 있는 狀態下에서 行하여졌음이 證明된 때에 限하여 이를 證據로 할 수 있다.<개정 1995.12.29, 2007.6.1> [전문개정 1961.9.1]

## 2. 헌법재판소 결정

헌법재판소<sup>27)</sup>는 위 형사소송법 규정에 관하여, 아래와 같이 실시하여, 직접주의 원칙을 바탕으로 전문법칙을 받아들이고, 공판중심주의의 철저를 기하였다고 판시하였다.

적법절차에 의한 공개법정에서의 공정한 재판을 받을 권리보장을 위하여 현대 민주국가에서는 형사소송절차상의 증거법에 있어서도 임의성 없는 증거와 유일한 증거인 자백에 대한 증거능력을 배제하는 한편 공판중심주의에 의한 직접주의와, 반대신문의 기회가 부여되지 않은 전문증거에 대한 증거능력을 부인하는 전문법칙을 채택하고 있다.

직접주의는 요증사실에 대한 직접적인 증거가 아니거나, 공개된 법정에서의 법관의 면전에서 진술되지 아니한 진술에 의하여 유죄로 인정할 수 없다는 원리로 형사소송절차에서 직권주의 구조인 대륙법계에서 발달되어 왔다. 공개법정에서 법관이 직접 증거를 조사하고 진술을 듣는 경우는 진술자에 있어 공판정의 엄숙함과 방청석의 비판적 시선을 의식하는 심리적 요인에서 허위진술을 하기 어렵고, 또 공개법정에서 법관에 의하여 직접 심리되지 않은 증거는 그 진술태도에 의한 법관의 정확한 심증형성이 어렵게 된다는 점에서, 진실한 진술과 법관의 정확한 심증형성에 의한 공정한 재판을 위하여 요증사실에 대한 증거는 공개법정에서의 법관의 면전에서 직접 심리된 것이어야 한다는 공판중심주

의 요청에 근거를 둔 것이다.

그리고 그 법정 외에서 행하여진 진술인 증언이나 법정 외에서 한 진술을 기재해서 제출한 증거를 전문증거라고 하는바, 공정한 재판을 위하여 이러한 “전문증거는 증거로 되지 않는다.”는 법칙인 이른바 전문법칙은 일찍이 형사소송절차에서 당사자주의가 지배하는 영미법계에서 자백이 유일한 증거인 때는 증거능력을 배제한다는 자백배제법칙과 함께 증거능력을 규율하는 법칙으로 발달되어 각국에서 채택한 형사소송절차상의 원칙이다. 전문증거는 대개 요증사실을 직접 체험한 자의 진술이기는 하나, 원진술자가 공판정에 출석하지 아니하여서 선서도, 피고인의 면전에서 진술도, 반대신문도 거치지 않은 증거이다. 그러므로 선서가 결여됨으로써 선서가 갖는 의식의 엄숙함과 위증죄의 경고를 통하여 진실을 말하려는 심적 동기의 결여로 신빙도가 약하고, 또 진술자가 피고인의 면전에서 진술하지 아니함으로써 진술자는 피고인의 면전이라는 심리적 요인에서 허위진술이 견제되는 점이 없고 증인과 피고인의 태도증거에 의한 법관의 생생한 심증형성이 불가능하며, 반대신문을 거치지 않음으로써 피고인이 증언에 대한 탄핵을 통하여 그 진술의 오류를 지적·시정하여 무죄를 입증할 기회가 박탈되고, 들은 말의 전달 진술은 원진술과 차이가 있기 쉽다는 등의 이유로 전문법칙이 인정되어 왔다.

직접주의와 전문법칙은 다 같이 오판방지와 방어권 보장으로 공정한 재판을 달성하는 기능을 한다. 1954.9.23. 제정된 우리 형사소송법(법률 제341호)은 증거능력에 관하여 대륙법계의 이 직접주의에 바탕을 두었었다. 그러던 중 1961.9.1. 법률 제705호로 이를 개정하여, 그 제161조의2 와 제310조의2 를 신설하여 위와 같은 적법절차에 의한 공정한 공개재판을 받을 권리보장을 위한

헌법상의 위 각 원리에 입각하여 직접주의의 바탕 위에 영미법계의 전문법칙을 받아들여 이를 확립하고 공판중심주의의 철저를 기하였다. 즉 “증인신문의 방식”이란 제하의 그 제161조의2 의 제1항에 “증인은 신청한 검사·변호인 또는 피고인이 먼저 이를 신문하고, 다음에 다른 검사·변호인 또는 피고인이 신문한다.”라는 반대신문에 관한 규정을 신설하였고, 그 제310조의2 에는 “전문증거와 증거능력의 제한”이란 제하에 “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.”라는 전문법칙에 관한 규정을 신설하여 오늘에 이르렀다. 하지만 미국헌법이나 일본헌법과 같이 피고인의 증인에 대한 반대신문권을 헌법상 명시된 권리로 규정하지는 않았다.

헌법재판소는 위 판시와 같이 한국의 형사소송법의 위 규정은 직접주의나 전문법칙 어느 한 가지에 대한 규정이 아니고, 이를 조합하여 규정한 것으로 보고 있다. 이는 앞서 살펴본 것과 같이, 한국의 형사소송법 제310조의2 ~ 제316조의 조항이 미국의 전문법칙 또는 독일의 직접주의 규정 중 어느 하나와 흡사한 모습으로 규정되어 있지 않은 이유에서 연유한다.

한편, 실무상 대법원 판결에 의하여 증거 채택 여부가 결정된다는 점을 감안하면, 대법원에서 위 조항을 어떻게 해석하여 구체적인 사안에 적용하고 있는지에 대해서 상세히 살펴볼 필요가 있다.

---

27) 헌법재판소 1994. 4. 28.자 93헌바26호 결정

### 3. 대법원 판결 사례

가. 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317호 (소위 영남위원회 사건)<sup>28)</sup>

#### <사실관계>

① A, B, C 등과 갑, 을, 병, 정 등 15명은 ‘영남위원회’라는 단체를 구성하여 활동하였다. ② 수사기관은 이들의 단체가 이적단체라고 보고 활동을 주시하고 있었다. ③ 수사관 K 등은 다음과 같은 수사 활동을 하였다. (1) A를 긴급체포하면서 갑 등의 활동내용이 수록된 컴퓨터 디스켓(이 저장매체에는 작성자의 이름이 없거나, 박OO 이름으로 작성된 파일이 담겨 있었는데, 그 파일에는 피고인이 박OO 이 결성한 단체에 가입하여 활동한 내역이 기재된 문건과 회의록 등이 담겨 있었다<sup>29)</sup>)을 압수하였다.

검사는 갑 등을 반국가단체 구성·가입 및 반국가단체구성원과의 통신·회합 등을 이유로 국가보안법위반죄로 기소하면서, 갑 등이 반국가단체구성원과 회합하였음을 증명하기 위하여 A로부터 압수한 컴퓨터 디스켓 등을 증거로 제출하였다.

이에 피고인들은 위 컴퓨터 디스켓의 압수절차가 위법하거나, 위 조·변조의 여지가 있어 증거능력이 없다는 취지의 주장을 하였다.

#### <대법원의 판단>

대법원에서는 컴퓨터 디스켓의 압수절차와 관련하여서, 이는 긴급체포시에 이루어진 것이고, 긴급체포가 유효하여 그 압수절차 역시

---

28) 신동운, 판례분석 신형사소송법, 법문사, 2010, 619쪽 이하, 원혜옥, “컴퓨터기록의 증거능력”, 지송 이재상 교수 화갑기념, 형사판례의 연구 2, 2003, 383면 이하, 정원태, “컴퓨터디스켓·영장 없이 촬영된 비디오테이프·대상과 범위를 초과하여 연장된 통신제한조치허가에 기한 대화녹음테이프의 증거능력”, 형사재판의 제문제, 3권, 2000, 334면 이하

29) 박현준, 이메일 헤더 분석을 통한 전자문서의 작성자 특성과 형사소송법 제315조 전문법칙 예외, 서울대 이학석사학위논문, 2015, 69쪽 각주 참조



적법하다고 판시하였으나, 컴퓨터 디스켓의 내용에 관하여, “컴퓨터 디스켓에 들어 있는 문건이 증거로 사용되는 경우 그 컴퓨터 디스켓은 그 기재의 매체가 다를 뿐 실질에 있어서는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 압수 후의 보관 및 출력과정에 조작의 가능성이 있으며, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 기재내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용된다고 할 것이고, 따라서 형사소송법 제 313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다. 그런데 위 컴퓨터 디스켓에 수록된 문건들(컴퓨터 디스켓에 대하여 실시한 검증 결과는 단지 디스켓에 수록된 문건의 내용이 출력물에 기재된 것과 같다는 것에 불과하여 증거자료가 되는 것은 여전히 컴퓨터 디스켓에 보관된 문건의 내용이다)에 대하여는 그 작성자 또는 진술자에 의하여 성립의 진정함이 증명된 바 없다.

그럼에도 불구하고 원심이 위 컴퓨터 디스켓에 수록된 문건들의 증거능력을 인정하여 이를 피고인들에 대한 유죄의 증거로 쓴 것은 위법하다 할 것이다(다만, 이적표현물을 컴퓨터 디스켓에 저장, 보관하는 방법으로 이적표현물을 소지하는 경우에는 컴퓨터 디스켓에 담긴 문건의 내용의 진실성이 아닌, 그러한 내용의 문건의 존재 그 자체가 직접 증거로 되는 경우이므로 적법한 검증 절차를 거친 이상 이적표현물 소지의 점에 관하여는 컴퓨터 디스켓의 증거능력이 인정된다고 할 것이다).

나. 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257호 (소위 일심회 사건)

<사실관계1><sup>30)</sup>

---

30) 신동운, 판례분석 신형사소송법 2, 법문사, 2014, 180쪽 이하

①갑 등 10여 명은 북한 관련 활동을 하는 소위 일심회의 구성원들이다. ②국가정보원은 갑 등에 대해 국가보안법위반죄의 피의사실로 수사에 임하였다. ③갑 등의 피의사실은 국가보안법상의 간첩죄, 찬양·고무죄, 잠입·탈출죄, 회합·통신죄 등이었다. ④갑 등의 피의사실 가운데에는 이들 중 한 사람인 병이 북경에서 북한 공작원 D를 만났다는 내용이 들어 있었다. ⑤ 2006. 10. 24. 국가정보원 수사관들은 갑 등을 체포하였다.

<사실관계2><sup>31)</sup>

①2006. 10. 24. (같은 시각) 국가정보원 수사관들은 갑 등의 주거와 사무실에서 컴퓨터 하드디스크, 플로피 디스켓, USB 등 정보저장매체를 압수하였다. ②(이하에서는 압수된 정보저장매체를 P디지털 저장매체 또는 P저장매체로 통칭함) ③P저장매체를 압수할 당시 갑 등 본인이나 처 또는 사무실 직원이 입회하였다. ④ (이하 서술의 편의를 위해 입회인을 갑으로 통칭)

<사실관계3><sup>32)</sup>

①국가정보원 수사관들은 P저장매체를 압수하면서 이미징 작업을 통해서 P저장매체를 Q저장매체에 복제하였다. ②국가정보원 수사관들은 이미징 작업을 하면서 해쉬값을 작성하지 않았다. ③P저장매체는 봉인되었고, 갑은 봉인에 서명하였다. ④ 이상의 모든 과정은 비디오테이프로 녹화되었다. ⑤국가정보원 수사관들은 갑에게 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 Q저장매체를 이용하여 P디지털 저장매체의 암호를 풀었다. ⑥ 국가정보원 수사관들은 P디지털 저장매체의 암호를 가지고 복사된 Q저장매체를 분석하여 갑 등의 활동 내역을 파악하였다.

---

31) 신동운, 같은 책, 180쪽 이하

32) 신동운, 같은 책, 180쪽 이하

<사실관계4><sup>33)</sup>

①갑 등의 피의사건은 국가정보원으로부터 검찰에 송치되었다. ② P저장매체는 봉인된 상태로 검찰에 송치되었다. ③검찰 수사관 E는 갑이 입회한 상태에서 P저장매체의 봉인을 풀고 다시 이미징 작업으로 R저장매체를 복제하였다. ④ R저장매체 복제를 위한 이미징 작업을 할 때에는 해쉬값이 작성되었다. ⑤P저장매체와 R저장매체의 해쉬값이 동일하다는 점이 확인되었다. ⑥R 저장매체가 복제된 후 P저장매체는 다시 봉인되었다. ⑦ 검찰은 R저장매체를 분석하여 갑 등의 활동 내역을 파악하였다.

검사는 갑 등을 국가보안법위반죄로 기소하면서, 입증을 위하여 R 디지털 저장매체로부터 출력한 S문건과 T문건을 증거로 제출하였다.

이에 갑 등은 위 S문건 및 T 문건이 자신들이 작성한 것이 아니고, 위 각 문건이 원본과 다르며, 위 문건은 모두 전문증거에 해당되어 증거능력이 없다고 주장하였다.

<대법원의 판단>

1). 디지털 저장매체로부터 출력된 문건의 동일성

압수물인 디지털 저장매체로부터 출력한 문건을 증거로 사용하기 위해서는 디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 출력한 문건의 동일성이 인정되어야 하고, 이를 위해서는 디지털 저장매체 원본이 압수시부터 문건 출력시까지 변경되지 않았음이 담보되어야 한다. 특히 디지털 저장매체 원본을 대신하여 저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체로부터 출력한 문건의 경우에는 디지털 저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이에 자료의 동일성도 인정되어야 할 뿐만 아니라, 이를 확인하는 과정에서 이용한

---

33) 신동운, 같은 책, 180쪽 이하

컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다.

기록에 의하여 살펴보면, 국가정보원에서 피고인들 혹은 가족, 직원이 입회한 상태에서 원심 판시 각 디지털 저장매체를 압수한 다음 입회자의 서명을 받아 봉인하였고, 국가정보원에서 각 디지털 저장매체에 저장된 자료를 조사할 때 피고인들 입회하에 피고인들의 서명무인을 받아 봉인 상태 확인, 봉인 해제, 재봉인하였으며, 이러한 전 과정을 모두 녹화한 사실, 각 디지털 저장매체가 봉인된 상태에서 서울중앙지방검찰청에 송치된 후 피고인들이 입회한 상태에서 봉인을 풀고 세계적으로 인정받는 프로그램을 이용하여 이미징 작업을 하였는데, 디지털 저장매체 원본의 해쉬(Hash) 값과 이미징 작업을 통해 생성된 파일의 해쉬 값이 동일한 사실, 제1심법원은 피고인들 및 검사, 변호인이 모두 참여한 가운데 검증을 실시하여 이미징 작업을 통해 생성된 파일의 내용과 출력된 문건에 기재된 내용이 동일함을 확인한 사실을 알 수 있는바, 그렇다면 출력된 문건은 압수된 디지털 저장매체 원본에 저장되었던 내용과 동일한 것으로 인정할 수 있어 증거로 사용할 수 있고, 같은 취지의 원심의 판단은 정당하다.

## 2). 디지털 저장매체로부터 출력된 문건과 전문법칙

압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문건을 진술증거로 사용하는 경우, 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되므로 형사소송법 제313조 제1항에 따라 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다.

원심은 나아가, 검사가 디지털 저장매체에서 출력하여 증거로 제출한 문건 중에서 판시 53개의 문건은 그 작성자가 제1심에서 그

성립의 진정함을 인정하였으므로 이를 증거로 할 수 있으나, 그 밖의 문건은 그 작성자에 의하여 성립의 진정함이 증명되지 않았거나 작성자가 불분명하다는 이유로 그 문건의 내용을 증거로 사용할 수 없다고 판단하였는바, 위 법리와 기록에 비추어 보면 원심의 이러한 판단은 정당하고, 그 판단에 피고인들과 검사가 상고이유로 주장하는 증거법칙 위배나 판단유탈 등의 위법이 없다.

그리고 이 사건 디지털 저장매체로부터 출력된 문건의 경우 논지와 같은 정황자료만으로 진정 성립을 인정할 수 있다거나 형사소송법 제314조, 제315조에 의하여 증거능력이 부여되어야 한다는 검사의 상고이유 주장은, 위에서 본 법리에 배치되거나 형사소송법 제314조, 제315조의 요건을 오해한 주장으로 받아들일 수 없다.

다. 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511호 (소위 왕재산 사건)

<사실관계1><sup>34)</sup>

① 갑 등은 대북활동을 하고 있었다. ② A 등은 국가정보원 수사관들이다. ③B 등은 컴퓨터 관련 전문가들이다. ④ 문제의 정보저장매체는 컴퓨터용 디스크, USB 등 여러 가지이다. (㉠ 1매체)

<사실관계2><sup>35)</sup>

① 갑에 대해 국가보안법위반죄로 국가정보원의 수사가 진행되었다. ② A는 P회사 사무실 및 갑의 주거지에 대한 압수·수색을 집행하였다. ③A는 갑이 참여한 상태에서 ㉠1매체를 압수하였다. ④ ㉠1매체로부터 이미징 작업을 통해 ㉠2매체가 복사되었다.

---

34) 신동운, 앞의 책, 835쪽 이하

35) 신동운, 앞의 책, 835쪽 이하

<사실관계3><sup>36)</sup>

①검사는 갑을 국가보안법위반죄로 기소하였다. ② 갑에 대한 일련의 공소사실에는 다음의 것들이 있다. (가) 갑은 반국가단체로부터 지령을 받고 국가기밀을 탐지·수집하였다. (a공소사실) (나) 갑은 특수잠입·탈출, 회합의 행위를 하였다. (b공소사실) ③ a, b 공소사실과 관련하여 갑이 반국가단체의 구성원과 문건을 주고받는 방법으로 통신을 한 사실 여부가 문제되었다. ④검사는 이를 입증하기 위하여 ㉠3문건을 제출하였다. ⑤ ㉠3문건은 ㉠2매체로부터 출력한 것이다.

<사실관계4><sup>37)</sup>

①㉠1매체와 ㉠3문건의 내용의 동일성이 확인되었다. ②㉠1매체, ㉠2매체, ㉠3문건 사이의 전환과정에서 무결성이 확인되었다. ③ ㉠3 문건의 내용은 다음과 같다. (가)갑이 수령한 지령 및 탐지·수집하여 취득한 국가기밀 (나)반국가단체에 대한 편의제공의 목적물 ④㉠3문건의 내용 중에는 다음의 부분이 들어 있었다.(㉠부분) (가)“갑이 P정당의 선거대책위원회 위원장 아래에서 정무특보 등으로 활동중임” (나) 갑이 스스로 경험·활동한 내역을 보고하는 내용

갑 등은 ㉠ 3문건은 전문증거에 해당하고, 위 증거의 경우 전문증거의 예외 인정 요건을 갖추지 못해 증거능력이 없다고 주장하였다.

<대법원의 판단>

피고인 또는 피고인 아닌 사람이 정보저장매체에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하는 경우, 이는 실질에 있어서 피고인 또는 피고인 아닌 사람이 작성한 진술서나 그 진술

---

36) 신동운, 앞의 책, 835쪽 이하

37) 신동운, 앞의 책, 835쪽 이하

을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 압수 후의 보관 및 출력과정  
에 조작의 가능성이 있으며, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되  
지 않는 점 등에 비추어 그 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이  
적용되고, 따라서 원칙적으로 형사소송법 제313조 제1항에 의하여  
그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명된  
때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다. 다만 정보저장매체에 기  
역된 문자정보의 내용의 진실성이 아닌 그와 같은 내용의 문자정보  
가 존재하는 것 자체가 증거로 되는 경우에는 전문법칙이 적용되지  
아니한다(대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결, 대법원 2013. 2.  
15. 선고 2010도3504 판결 등 참조). 나아가 어떤 진술을 범죄사실에  
대한 직접증거로 사용할 때에는 그 진술이 전문증거가 된다고 하더  
라도 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과  
관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용할 때에는 반드시 전문  
증거가 되는 것은 아니다(대법원 2000. 2. 25. 선고 99도1252 판결  
등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 반국가단체의 구성원과 문건을  
주고받는 방법으로 통신을 한 경우, 반국가단체로부터 지령을 받고  
국가기밀을 탐지·수집하였다는 공소사실과 관련하여 수령한 지령 및  
탐지·수집하여 취득한 국가기밀이 문건의 형태로 존재하는 경우나  
편의제공의 목적물이 문건인 경우 등에는, 문건 내용의 진실성이 문제  
되는 것이 아니라 그러한 내용의 문건이 존재하는 것 자체가 증거  
가 되는 것으로서, 위와 같은 공소사실에 대하여는 전문법칙이 적용  
되지 않는다고 보아 해당 부분의 공소사실에 관한 증거로 제출된  
출력 문건들의 증거능력이 인정된다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이 부  
분 공소사실에 대한 증거로 제출된 출력 문건들의 내용 대부분은  
그 요증사실과의 관계에서 문건 기재 내용이 진실한지가 문제 되는

것이 아니라 그러한 내용의 문자정보가 존재하는 것 자체가 증거가 되는 경우에 해당하는 것이므로, 원심의 위와 같은 판단은 그 범위 내에서 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

다만 위 출력 문건들의 내용 중에는 ‘○○○(피고인 5)이 △△당 선거대책위원회 위원장 아래에서 정무특보 등으로 활동 중임’이라는 내용을 비롯하여 피고인들이 스스로 경험·활동한 내역을 보고하는 내용이 일부 포함되어 있는데, 이 경우에는 요증사실인 국가기밀의 ‘탐지·수집’에 대한 관계에서 피고인들이 실제로 그와 같은 경험·활동을 하였는지, 즉 그 문건 내용이 진실한지가 문제 되어 전문법칙이 적용될 여지가 있으므로, 원심이 전체 출력 문건의 내용 중 피고인들이 스스로 경험·활동한 내용을 기재한 부분에 대하여도 일괄하여 전문법칙이 적용되지 않는다고 단정한 것은 잘못이라 할 것이다.

그러나 이 부분의 문건 내용은 증거로 제출된 전체 문건의 내용 중 극히 일부분에 불과하고, 원심이 전문법칙이 적용되지 않는다고 적절하게 판단한 대부분의 문건 내용과 함께 제1심이 적법하게 채택한 증인 공소의 4의 법정진술 등의 증거에 의하면 출력 문건 중 피고인들이 실제로 경험·활동한 내용에 관한 부분을 유죄의 증거에서 제외하더라도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하기에 충분하므로, 이 부분 각 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 결론은 정당한 것으로 수긍할 수 있다. 따라서 원심의 위와 같은 잘못은 판결 결과에 영향을 미쳤다고 볼 수 없다.

한편 원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5의 특수잠입·탈출, 회합의 점에 관하여, ‘공소의 9 선생앞: 2011년 면담은 1월 30일 ~ 2월 1일까지 공소의 9와 ▽▽선생과 함께 북경에서 하였으면 하는 의견입니다’라는 등의 내용이 담겨져 있는 파일들이 피고인 1의 컴퓨터에 ‘저장’되어 있었던 사실을 유죄 인정의



근거가 되는 간접사실 중 하나로 들고 있음을 알 수 있다.

이를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 그 내용과 같이 피고인 1, 피고인 5가 북한 공작원들과 그 일시경 실제로 회합하였음을 증명하려고 하는 경우에는 문건 내용이 진실한지가 문제 되므로 전문법칙이 적용된다고 할 것이지만, 그와 같은 내용이 담긴 파일이 피고인 1의 컴퓨터에 저장되어 있다는 사실 자체는 그 기재 내용의 진실성과 관계없는 것으로서 이 부분 공소사실을 입증하기 위한 간접사실에 해당한다고 할 것이므로, 이러한 경우까지 전문법칙이 적용된다고 할 수 없다. 같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 전문법칙이나 증거능력 부여 등에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

라. 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978호

- (소위 이석기 등 내란음모 사건)

<사실관계>

①갑 등 7명은 지하혁명조직을 조직하여 활동하고 있었다. ② 갑 등에 대하여 국가정보원 등에 의해서 수사가 진행되었다. ③ 갑 등의 주거지, 사무실 등에서 수첩, 메모지, 디지털저장매체, 휴대폰 등이 압수되었다.

검사는 갑 등 7명을 내란 선동, 내란음모, 반국가단체찬양·동조 등으로 기소하면서, 현장 녹음 파일 및 위와 같이 압수된 수첩, 메모지, 디지털 저장매체에서 출력된 문건 등을 증거로 제출하였다.

이에 갑 등은 위와 같이 압수된 수첩, 메모지, 디지털 저장매체에서 출력된 문건 등은 전문증거로서 원진술자 등에 의해서 진정성립

이 인정되지 않았으므로 이를 증거로 사용할 수 없다고 주장하였다.

#### <대법원의 판단>

##### - 녹음파일이 전문증거인지 여부

피고인 또는 피고인 아닌 사람의 진술을 녹음한 녹음파일은 실질에 있어서 피고인 또는 피고인 아닌 사람이 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없어 그 녹음파일에 담긴 진술 내용의 진실성이 증명의 대상이 되는 때에는 전문법칙이 적용된다고 할 것이나, 녹음파일에 담긴 진술 내용의 진실성이 아닌 그와 같은 진술이 존재하는 것 자체가 증명의 대상이 되는 경우에는 전문법칙이 적용되지 아니한다(대법원 2013. 2. 15. 선고 2010도3504 판결, 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결 등 참조). 나아가 어떤 진술을 범죄사실에 대한 직접증거로 사용할 때에는 그 진술이 전문증거가 된다고 하더라도 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용할 때에는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다(대법원 2000. 2. 25. 선고 99도1252 판결 등 참조).

원심은, 위 녹음파일들(증거순번 I-839, 844~874)은 거기에 녹음된 진술 내용의 진실성을 증명하기 위해 제출된 것이 아니라 그러한 진술이 있었다는 사실 그 자체를 증명하기 위해 제출된 것으로 보고, 위 녹음파일들에 대해서는 전문법칙이 적용되지 아니한다고 판단하였다.

##### - 지하혁명조직 존재 입증과 관련한 문건 등의 전문증거성 판단

검사가 공소사실에 기재한 바와 같은 강령과 목적, 지휘통솔체계, 조직보위체계를 갖춘 지하혁명조직 RO가 존재하고, 피고인들을 비롯하여 이 사건 각 회합에 참석한 130여 명이 지하혁명조직 RO의

구성원이라는 점에 부합하는 증거로는, 이○○의 진술, 각 녹음파일, 압수된 문건 및 디지털 저장매체에 저장된 파일(이하 ‘압수 문건 및 파일’이라 한다) 등이 있다.

우선 이○○의 진술 중 RO 조직의 가입절차, 강령, 조직체계, 조직원 등에 관하여 피고인 등으로부터 들었다는 부분은 요증사실인 ‘지하혁명조직 RO의 존재’와 관련하여 내용의 진실성이 문제되어 전문법칙이 적용되는데, 형사소송법 제316조 제1항 및 제2항에 의하여 피고인 병 등의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명되거나, 나머지 사람들의 진술이 사망, 질병 등으로 진술할 수 없고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명되었다고 할 수 없으므로, 이○○의 위 진술 부분을 ‘지하혁명조직 RO의 존재’를 인정할 직접증거로 사용할 수는 없다.

다음으로 각 녹음파일, 압수 문건<sup>38)</sup> 및 파일은 피고인들이 녹음된 내용과 같은 진술을 하였다거나 그와 같은 내용이 기재된 문건 또는 파일을 소지하고 있다는 것 자체를 입증하기 위한 목적으로 제출된 것이므로, 그 기재 내용의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용하는 것을 넘어서서 그 녹음 내용이나 압수 문건 및 파일 내용의 진실성을 요증사실인 ‘지하혁명조직 RO의 존재’를 인정할 직접증거로 사용할 수는 없다.

또한, 지하혁명조직 RO의 구성원 및 조직체계에 관한 이○○의 진술은 그가 조직에서 말단 세포원에 불과하고 그 진술의 상당 부분이 개인적인 추측 내지 의견이라는 점에서 증명력이 높다고 보기 어려운 만큼, 그의 진술만으로 공소사실 기재와 같은 내용을 가진

---

38) 본건 사안의 항소심에서는 갑 등이 ‘RO’ 조직 운영 등 관련 내용을 자필로 기재한 수첩에 대해서도 필적 감정 등을 통해 피고인들의 필적임이 증명되었음에도 불구하고 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 피고인들의 법정에서의 ‘성립진정 인정 진술’이 없다는 이유로 증거능력을 배척하였다.

RO의 존재를 인정하기는 부족하다.

다) 위와 같은 증거관계에 이○○의 진술을 뒷받침할 객관적인 자료가 부족하고, 피고인들을 비롯한 이 사건 각 회합 참석자 130여 명이 RO 조직에 언제 가입하였고, 어떤 활동을 해 왔는지를 인정할 증거가 없다는 사정을 더하여 보면, 공소사실 기재와 같은 강령·목적, 지휘통솔체계, 조직보위체계 등을 갖춘 조직의 실체가 존재하고, 피고인들을 비롯하여 이 사건 각 회합에 참석한 130여 명이 위 조직의 구성원이라는 의심이 드는 것은 사실이나, 앞서 내란선동죄에서 본 바와 같은 정도를 넘어서서 공소사실 기재와 같은 내용의 지하혁명조직 RO가 존재하고 이 사건 각 회합의 참석자들이 지하혁명조직 RO의 구성원이라는 점이 합리적 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

마. 대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625호 전원합의체 판결<sup>39)</sup>

- (소위 국정원 댓글 사건)

<사실관계>

①갑 등은 국가정보원 심리전단에서 인터넷 공간에서의 특정 정당을 지지하는 게시글 등을 게시하였다. ② 검·경은 위 불법 선거운동 등에 관하여 국정원, 주요 인터넷 사이트 등에 대해서 압수 수색을 실시하였다. ③ 그 과정에서 국가정보원 심리전단 직원 P는 경찰에 노트북 컴퓨터를 임의제출 하였고, 경찰은 그 컴퓨터에서 삭제된 문서파일 A.txt 파일을 복구하였다. ④ 위 A.txt 파일에는 오늘의 유모 사이트 등의 게시물 운영 관리방식, 30여개의 ID·닉네임 및 패

---

39) 위 1심 법원의 판결문은 204쪽, 2심 법원의 판결문은 274쪽에 달하는 등 방대하여, 본고에서는 관련이 있는 논점 위주로만 다루기로 한다.

스위드의 일부 등이 기재되어 있었다. ⑤ 위 A.txt 파일에서 확인된 ID·닉네임은 여론 사이트에서 게시글 작성·찬반 클릭에 사용된 것으로 확인되어 이를 기초로 ID 등 10개를 추가로 더 확보하였다. ⑥ 노트북 하드 디스크에서 국정원 직원이 오늘의 유모 사이트 등에 게시한 글 B.html 파일 등을 복구하였다. ⑦ 각종 여론 홈페이지에서 위 ID, 닉네임 검색 등을 통해서 다수의 정치·선거 관련 게시글을 확인하고 임의제출 또는 압수영장 등을 통해 포털 3사 게시글 내역 등을 확보하였다. ⑧ 검사는 수사중 국가정보원 심리전단 직원 Q의 이메일 계정을 압수수색하여, 이메일에 첨부된 '425지논.txt'(이하 '425지논 파일'이라 함), 'ssecurity.txt'(이하 '시큐리티 파일'이라 함) 등 5개의 텍스트 파일을 압수하였다. ⑨ 위 과정에서 국가정보원 직원인 을의 스마트폰이 압수되었고, 그 스마트폰에 저장된 전화번호 등의 일부가 국가정보원 직원들일 것으로 추정하여, 각 번호에 대한 ID, 닉네임 확인, 각 ID, 닉네임에 대한 IP 사용 정보, 접속 컴퓨터 정보, 전화번호에 대한 가입자 조회, 통화내역 압수 등을 통해서 국가정보원 및 국가정보원 심리전단 관계자가 사용한 IP 등을 확정하였다.

검사는 갑 등을 불법 선거운동에 관한 공직선거법위반죄, 문건 유출 관련 국정원직원법위반죄 등으로 기소하면서, 위와 같이 확보한 A.txt<sup>40)</sup>, ID·닉네임 정보, 인터넷 게시글, 425지논 파일, 시큐리티 파일 등을 증거로 제출하였다.

---

40) 피고인들, 변호인은 위 파일에 관하여, 제출자가 파일 제출에 관하여 특정부분에 대해서만 임의제출하겠다는 의사로 '지난(2012) 10월 이후 3개월 동안 문재인·박근혜 후보에 대한 비방·지지글에 대해서만 확인'이라고 표시하였고, 복구한 위 파일은 위 임의제출 부분에 포함되지 않으므로, 이는 임의제출의 범위를 넘어선 것으로 위법수집한 증거라고 주장하였고, 법원은 이 주장을 받아들여 위 파일에 대한 증거능력은 부인하였다.

다만, 위 파일에서 획득한 정보를 근거로, 법원의 새로운 압수수색영장을 발급받아 확보한 증거에 대해서는, 위법 수집한 증거가 아니라고 보아 증거능력을 인정하였다.

이에 갑 등의 피고인은 위 425지는 파일, 시큐리티 파일 등에 대해서 부동의하였고, 위 파일을 저장되어 있던 이메일의 사용자인 Q는 법정에서 ‘위 이메일 계정이 자신의 계정이고 다른 사람이 이를 사용한 사실은 없으나, 그 이메일 계정에 저장된 이메일의 첨부파일은 자신이 작성한 기억도 없고, 그 내용도 전혀 모르는 내용이다’라고 진술하였다.

※ 위 ‘425 지는 파일’ 내용 - 고등법원 설사에서 발췌 (강조, 밑줄은 필자가 표시)

425지는 파일은 파일명을 정하면서 ‘논지’를 정리한 파일이라는 점에 착안하여 ‘논지’의 앞뒤 글자를 바꾸어 ‘지논’파일로 명명한 것으로 보이는 텍스트 파일인데, 출력물은 A4용지 420여 장 분량이다[425지는 파일이 작성되기 전인 2012. 2. 22.경 작성된 것으로 보이는 파일에는 ‘222논지’라는 파일명이 붙어 있다(증거목록 순번 2368)]. 첫 장에는 ‘4. 25...’라는 기재가 나오고, 그 이후로 중간, 중간에 낱말로 보이는 숫자의 조합이 등장하는데, ‘1205...’에 이르러 끝나는 형태로 되어 있다. 이 숫자는 ‘4. 30...’ 기재 아래에 [월남패망 37년(4. 30) 계기 국민안보의식 고취]라는 주제가 기재되어 있는 점 등에 비추어 내용을 추가한 낱말을 기재한 것으로 이해된다. 즉, 위 파일은 2012. 4. 25.부터 2012. 12. 5.까지 거의 매일 작성하면서 그 내용을 지속적으로 추가한 문서파일인데, 다만, 주말과 공휴일(석가탄신일인 5. 28., 현충일, 광복절, 추석 연휴인 10. 1. 등), 여름휴가로 보이는 기간(8. 7. ~ 8. 10.)에 해당하는 날짜에는 작성되지 않았다.

② 위 파일은 961KB에 달하는 크기의 텍스트 파일이다. 위 파일의 각 낱말 아래에는 [논지해설], [금일 이슈 및 논지설명] 등의 제목이 기재되어 있어 그 자체로 ‘이슈와 논지’에 해당함을 알 수 있는 경우가 있다. 한편 [3월 경상수지 흑자폭 확대 계기 경제성과 홍보], [제주 북함미항 평행활동 대응계획], [공공기관 부채증가 원인, 바로

알고 대처합시다], [현 정부의 경제업적은 과거 어느 정부보다 큼니다], [광우병 오해와 진실], [한국의 미사일지침 개정], [4대강 효과], [국민 안보자신감 고취], [북한 2차 장거리미사일 발사실험], [그리스 두 달 내 현금 바닥....], [VIP 국정운영성과 확산] 등과 같이, 특정한 이슈에 관한 구체적인 논지를 담고 있음을 드러내는 제목도 포함되어 있다. 제목 아래에는 해당 주제를 자세히 설명하는 1~2문장의 논지가 기재되어 있고, 그러한 논지에 부합하는 관련 트윗 글, 언론 기사, 사설 등도 발췌 정리되어 있다.

③ 위 파일에는 [금일논지 확산용], [금일집중 확산용], [주말 확산], [주말논지], [휴일트윗], [휴일] 등의 문구를 기재하고 그 아래에 확산 당번 또는 휴일 당번으로 보이는 트위터 계정들을 나열한 부분도 있다. 예컨대 금요일이었던 2012. 5. 25.에 작성된 부분에는 [금일 논지 확산용] 제목 아래에 chogasam, mooruing 등 8개 계정이, [주말 논지] 제목 아래에 iangelmom, cyzhrhkwk4419 등 5개 계정이 나열되어 있다.

④ 위 파일에서 다루고 있는 이슈 대부분은, 4대강(아라뱃길) 홍보, 한미·한중 FTA 홍보 및 반대에 대한 비판, 제주해군기지 홍보 및 반대에 대한 비판, NLL 사수, 여수엑스포 홍보, 광우병 비판에 대한 반박, 무상급식 등 복지포퐁리즘 반박, 경제민주화 주장에 대한 비판, 햇볕정책 비판, 6. 15. 선언 비판, 민주당 임수경 의원 비판, 통합진보당 비판, 원전가동중단 주장에 대한 반박, 인천공항 지분매각의 정당성, 민간인 사찰 논란에 대한 비판 반박, 한일정보보호협정 체결의 필요성 및 정당성, 경제 및 외교성과 홍보(무역 1조 달러 달성, 20-50클럽 가입, 자원외교 성과, 국가신용등급 상향 등), 이명박 대통령 홍보(독도·연평도 방문, 오바마 대통령과의 친분을 이용한 미사일지침 개정, 녹색기후기금 사무국 송도유치 등) 등이 차지하고 있다. 위와 같은 주제들은 피고인 원세훈이 2012년 4월경부터 같은 해 11월경까지 전 부서장 회의에서 지시·강조한 내용과 대부분 일치한다. 예컨대 피고인 원세훈은 2012. 4. 20. 및 2012. 5. 18. 전 부서장 회의에서 여수 엑스포의 성

공적인 개최를 위한 홍보를 지시한 바 있는데, 425지는 파일 중 2012. 5. 2. 부분에는 “여수 엑스포에 가면 백조의 호수를 볼 수 있다는 말 들어보셨나요? 조명과 어우러진 해상분수가 음악에 맞춰 70m까지 솟구치며 백조의 호수를 완벽하게 재현한다는데요. 우아한 해상분수의 군무와 아름다운 음악이 흐르는 여수 밤바다에 꼭 가보고 싶네요.”라는 내용이 포함되어 있다.

⑤ 위 파일에는 [트위터 정지 푸는 절차]라는 제목으로 트위터 계정이 정지당한 경우 이를 풀어달라는 신청을 하는 방법이 기재되어 있고, 트위터피드 등록 방법도 정리되어 있다. 또한, 위 파일에서는 “팔로잉 2,000명 이상부터는 팔로워가 팔로잉의 90% 이상 되어야만 계속적으로 추가해나갈 수 있습니다.”, “한 번의 클릭과 1분 만에 1000명 선팔! 월 1.1만 원으로 다수 계정 사용 가능!! <http://bit.ly/JiCW8g>”, “맞팔과 언팔을 동시에 할 수 있어 좋네요. [일타쌍팔] <http://twtpo.kr>”, “twitter 팔로잉 늘리는 방법은 twi\_tree”, “선팔 없이 자발적으로 팔로잉을 해주는 방법 알려드립니다. 맞팔하지 않아도 팔로워가 늘어납니다. <http://bit.ly/PJwIN2>” 등 팔로워를 늘리는 방법 또는 유용한 사이트를 정리해 둔 부분도 발견된다.

※ 위 ‘시큐리티 파일’ 내용 - 고등법원의 설사에서 발췌 (강조, 밑줄은 필자가 표시)

시큐리티 파일은 보안을 뜻하는 영어단어 ‘security’ 앞에 s를 하나 더 붙인 형태의 제목을 가지고 있는 텍스트 파일인데, 그 출력물은 A4 용지 19장 분량이다. 위 파일에는 여러 가지 내용이 혼재되어 있는데, 그 내용 및 작성 경위 등을 고려하여 크게 분류하면 다음과 같이 7개 부분으로 구분할 수 있다.

#### ① 트위터 계정 30개 나열 부분

시큐리티 파일 가장 앞부분에는 myungsin501, ohjihun1,



rjaiflrh 등 트위터 계정 30개와 그 계정들의 비밀번호가 기재되어 있다.

② 심리전단 직원들 성명 앞 두 글자와 함께 트위터 계정이 나열된 부분

시큐리티 파일에는 성명의 앞 두 글자로 보이는 기재 아래에 한 사람당 10~30여 개씩 14명의 트위터 계정이 나열된 부분이 있고, 위 14명의 성명 앞 두 글자를 포함하여 총 22명의 성명 앞 두 글자로 보이는 기재 옆에 한 사람당 1~2개씩의 트위터 계정이 나열된 부분도 있다.

③ 다수의 트위터 계정 나열 부분

시큐리티 파일에는 ‘일반, 코박사 succeeded’라는 제목 아래 약 150개의 트위터 계정이 나열된 부분이 두 번 기재되어 있다. 첫 번째 기재된 부분에 일부 추가·변경이 이루어진 결과가 두 번째 부분인 것으로 보이는데, 두 부분에 기재된 계정은 대체로 동일하며, 위 ②항에서 직원들의 이름과 함께 나열된 계정들(60 - 70개)도 발견된다. 일부 추가·변경된 기재는 약 20여 개의 계정 앞에 ‘십’이라는 글자가 추가된 것, 약 15개의 계정이 새로이 추가된 것 등이다.

④ 활동내역 기재 부분

이 부분에는 ‘트윗피드’ 또는 ‘tf’라는 기재와 함께 이메일 주소, 트위터 계정 등이 반복적으로 나열되어 있고, 숫자와 언론사명이 기재되어 있기도 하며, 각 줄마다 날짜, 지역, 카페명으로 보이는 기재가 덧붙여져 있다. 날짜에는 연도가 기재되어 있지 않으나, 맨 윗줄에 [2012. 11. 13.]이라고 기재되어 있는 점을 고려하면 이 부분에 기재되어 있는 날짜의 기간은 2012. 11. 26.부터 2012. 12. 11.까지임을 알 수 있다.

⑤ 심리전단 직원들과 우파 논객 트위터 계정, 언론사 RSS 주소 기재 부분

심리전단 안보 5팀 전체(22명)의 성명 앞 두 글자와 일치하는 기재와 함께 트위터 계정이 나열된 부분 아래에는 해당 트위터 계정 41개(대표계정 22개 + 매체계정 19개)의 RSS 주소가 기재되어 있다.

1. 30분에 1개씩
2. title only는 Advanced setting에서 title only선택title & description 은 Advanced setting에서 title & description 선택
3. GUID not sorted는 Advanced setting에서 GUID선택하고 sorted 칸은 빈칸으로  
Pub는 Advanced setting에서 기본값인 PubDate 그대로 둔다  
\*\*\* 맨앞의 1/30 은 반드시 지키지 않아도 됨. 실적이 저조한 것은 2/30, 3/30/ 4/30 5/30 등으로  
늘려도 무관

⑥ 팔로워 늘리는 방법이 기재된 부분

시큐리티 파일에는 “팔워늘이기 정말 힘들었는데~ 팔워 늘이기가 이렇게 재미있는 줄 처음 알았어요~ 좋은 사이트 감사해요~ 트윗업 <http://bit.ly/Nq833X>”이라는 기재도 있다.

⑦ 안보수사 등에 관한 메모가 기재된 부분

시큐리티 파일에는 “안보수사는 최소한 5-10년간의 특수훈련과 신분세탁 등을 거쳐 잠입하는 간첩을 잡기 위한 것으로…”라고 시작하여 안보수사, 국가보안법, 해외 정보기관, 미국의 국가안보법, 영국의 공공비밀보호법, 정보기관의 예산 등에 관한 간단한 정보를 메모해둔 내용도 있다.

<대법원 전원합의체의 판단>, 필자가 필요 부분 초본, 밑줄, 강조

『가. 425지는 파일 및 시큐리티 파일이 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 증거능력이 인정되는지에 관하여(검사)

디지털 저장매체로부터 출력된 문서에 관하여는 저장매체의 사용

자 및 소유자, 로그기록 등 저장매체에 남은 흔적, 초안 문서의 존재, 작성자만의 암호 사용 여부, 전자서명의 유무 등 여러 사정에 의하여 동일인이 작성하였다고 볼 수 있고 그 진정성을 탄핵할 다른 증거가 없는 한 그 작성자의 공판준비나 공판기일에서의 진술과 상관없이 성립의 진정을 인정하여야 한다는 견해가 유력하게 주장되고 있는바, 그 나름 경청할 만한 가치가 있는 것은 사실이나, 입법을 통하여 해결하는 것은 몰라도 해석을 통하여 위와 같은 실정법의 명문조항을 달리 확장 적용할 수는 없다.

이 사건에서 원심은, 위 두 파일은 그 작성자로 추정되는 Q의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되지 않았다는 이유로 위 두 파일의 증거능력을 인정하지 않았다.

원심판결 이유를 위 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 디지털 저장매체로부터 출력한 문서의 증거능력에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 425지는 파일 및 시큐리티 파일이 형사소송법 제315조 제2호 및 제3호에 의하여 증거능력이 인정되는지에 관하여(피고인 갑, 을)

2) 원심은 아래와 같은 사정을 들어, 위 두 파일은 형사소송법 제315조 제2호의 ‘기타 업무상 필요로 작성한 통상문서’ 및 같은 조 제3호의 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’에 해당하여 증거능력이 있다고 판단하였다.

(가) 위 두 파일은 심리전단 직원인 Q의 이메일 계정에서 압수한 전자 문서인데, Q은 공판준비 또는 공판기일에서 위 두 파일을 자신이 작성한 것이라고 인정하지는 않았지만, 이메일 계정의 관리 및 활용에 관한 Q의 진술, Q의 이메일 계정에서 압수한 다른 파일과의

관련성, 위 두 파일에는 Q만이 알 수 있는 정보 등이 기재되어 있는 등 그 제반 사정을 종합하면, 위 두 파일의 작성자가 Q임이 인정된다.

(나) 425지논 파일은, 피고인 갑의 업무 지시 사항에 따라 심리전단이 활동해야 할 주제와 그에 관련된 2~3줄의 짧은 설명을 담고 있는 구체적 활동 지침에 해당하는 이른바 ‘이슈와 논지’, Q이 심리전단 직원으로서 수행함에 있어 필요한 자료, 심리전단 활동의 수행 방법 등 업무와 관련한 내용을 주로 담고 있고, 자신이 한 심리전단 활동으로 인해 수사를 받을 것이라는 점을 전혀 인식하지 못한 상황에서 장기간에 걸쳐 계속적으로 작성하여 업무수행의 기초로 삼은 것으로서, 그 작성 경위와 목적, Q의 업무와 문서에 담긴 내용의 관련성 및 내용의 신빙성 등을 종합적으로 고려하면, 위 파일은 Q가 2012. 4. 25.부터 2012. 12. 5.까지 통상적 업무인 트위터를 통한 심리전 활동을 전개하기 위하여 매일 시달된 이슈와 논지와 함께 그 활동에 필요한 각종 자료들을 계속 추가·보충한 문서로서 형사소송법 제315조 제2호의 ‘업무상 필요로 작성한 통상문서’에 해당한다.

(다) 시큐리티 파일도, 269개 트위터 계정을 포함하고 있는 심리전단 직원별 트위터 계정 정보, 트위터피드 계정에 관한 비밀번호 등 기본 정보, 직원들과 보수논객 등의 트위터 계정의 정보 및 Q의 구체적인 심리전 활동 내역 등 업무와 관련한 내용을 주로 담고 있으며, Q가 2012. 3.부터 2012. 12.까지 업무에 필요할 때마다 동일하거나 연관된 내용의 정보를 추가하면서 계속적으로 작성하여 업무에 활용한 것이라는 사정 등을 고려하면, 이 역시 여러 달 동안 통상적 업무인 트위터를 통한 심리전 활동을 전개하기 위해 필요한 트위터 계정 등을 계속 추가·보충하고 활동 내역과 실적을 반복적으로 기재하여 온 문서로 형사소송법 제315조 제2호에 의하여 증거능력을 인정

할 수 있다.

(라) 나아가, 위 두 파일에 기재된 업무 관련 내용은 잘못 기재할 경우 업무수행에 지장을 초래하게 된다는 점에서 사실과 다른 내용을 굳이 기재할 동기나 이유를 쉽게 찾아보기 어렵고, 특히 시큐리티 파일의 경우에는 문장의 형태로 기재된 것이 드물고 대부분 업무수행에 필요한 정보들만이 단편적으로 기재되어 있는 등 관련 정보를 전자적으로 복사하여 문서로 만든 것으로 보여 그 자체로 Q의 주관적 의사가 개입될 여지가 없어 보이므로, 위 두 파일은 형사소송법 제315조 제3호의 '기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'에도 해당한다.

3) 그러나 이와 같은 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

(가) 425지는 파일의 내용 중 상당 부분은 그 출처를 명확히 알기도 어려운 매우 단편적이고 조악한 형태의 언론 기사 일부분과 트윗글 등으로 이루어져 있으며, 시큐리티 파일의 내용 중 심리전단 직원들이 사용한 것으로 추정된다는 트위터 계정은 그 정보의 근원, 기재 경위와 정황이 불분명하고 그 내용의 정확성·진실성을 확인할 마땅한 방법이 없을 뿐만 아니라, 위 두 파일에 포함되어 있는 이슈와 논지 및 트위터 계정에 관한 기재가 그 정보 취득 당시 또는 그 직후에 기계적으로 반복하여 작성된 것인지도 알 수 없다.

(나) 위 두 파일이 그 작성자의 업무수행 과정에서 작성된 문서라고 하더라도, 위 두 파일에 포함되어 있는 업무 관련 내용이 실제로 업무수행 과정에서 어떻게 활용된 것인지를 알기도 어려울 뿐만 아니라 다른 심리전단 직원들의 이메일 계정에서는 위 두 파일과

같은 형태의 문서가 발견되지 않는다는 사정은 위 두 파일이 심리전단의 업무 활동을 위하여 관행적 또는 통상적으로 작성되는 문서가 아님을 보여 준다.

(다) 나아가 업무수행을 위하여 작성되었다는 위 두 파일에는 업무와 무관하게 작성자의 개인적 필요로 수집하여 기재해 놓은 것으로 보이는 여행·상품·건강·경제·영어 공부·취업 관련 다양한 정보, 격언, 직원들로 보이는 사람들의 경조사 일정 등 신변잡기의 정보도 포함되어 있으며 그 기재가 극히 일부에 불과하다고 볼 수도 없어, 위 두 파일이 업무를 위한 목적으로만 작성된 것이라고 보기도 어렵다.

(라) 425지는 파일에 기재된 업무 관련 내용도 아무런 설명이나 규칙 없이 나열되어 있는 경우가 대부분이어서 그 중 어디까지가 이슈와 논지이고 어디부터가 작성자 자신이 심리전단 활동을 위하여 인터넷 등에서 모아 놓은 기사 등인지 애매하고, 시큐리티 파일도 그 기재 내용이 ‘lillyamerica - hyesuk888, 아리룩dkflfhr - ahahfldh’, ‘okm237 as1234’ 등과 같이 영문자 또는 숫자의 조합이 아무런 설명 없이 나열되어 있을 뿐이어서, 그 기재 자체만으로는 그것이 트위터 계정 또는 그 비밀번호라는 사실조차도 알기 어려운 트위터 계정을 모아 놓은 것이 업무상 필요했던 이유 및 그 작성자의 심리전 활동 내용에 관하여 ‘굳이 반대신문의 기회를 부여하지 않아도 될 정도’로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있다고 보기 어렵다.

(마) 결국 위와 같은 여러 사정을 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 원심이 들고 있는 사유만으로는 위 두 파일이 형사소송법 제315조 제2호 또는 제3호에 정한 문서에 해당하여 당연히 증거능력이 인정된다고 할 수 없다.

4) 그런데도 이와 달리 이를 결정적, 핵심적인 증거로 하여 269개의 트위터 계정이 심리전단 직원이 사용한 것이라고 인정하고 이를 바탕으로 다시 422개의 트윗 연결계정도 심리전단 직원들이 사용한 것으로 추론할 수 있다고 하여 위 계정을 통해 작성한 트윗글과 리트윗글이 모두 정치관계 행위에 해당하고 그 일부는 선거운동에도 해당한다고 판단한 원심판결에는 형사소송법 제315조가 정한 당연히 증거능력 있는 서류에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다.

다. 시큐리티 파일을 증거물인 서면으로 보아 시큐리티 파일에 기재된 269개의 트위터 계정을 심리전단 직원들이 사용한 것으로 인정할 수 있는지에 관하여

1) 원심은 부가적 판단으로, 시큐리티 파일을 증거물인 서면으로만 보더라도 시큐리티 파일의 증거물인 서면으로서의 증명력과 그 밖의 정황 사실을 종합하면, 시큐리티 파일에 기재된 269개의 계정이 심리전단 직원들이 사용한 것이라고 인정할 수 있다고 판단하였다. 즉, 심리전단 직원이 작성한 시큐리티 파일에 그 의미를 구체적으로는 파악할 수 없더라도 어느 정도 짐작할 수 있는 트위터 계정 정보 등이 기재되어 있다는 점 자체는 인정할 수 있고, 나아가 심리전단 직원들의 진술을 비롯한 다른 증거들에 의하여 심리전단 차원에서 트위터 등을 활용한 일정한 의도와 방향성을 가진 체계적인 사이버 활동이 이루어졌음이 인정되는 이상 시큐리티 파일의 정보가 사이버 활동과 관련된 것임을 합리적으로 추론할 수 있는데, 이러한 추론이 시큐리티 파일에 기재된 트위터 계정 등을 활용한 심리전단 직원들의 실제 활동내용과 일치하므로, 이로써 시큐리티 파일에 기재된 269개의 계정이 심리전단 직원들이 사용한 것이라는 동일한 사실인정에 이를 수 있다고 판단하였다.

2) 그러나 시큐리티 파일에 269개의 트위터 계정이 기재되어 있다는 것 자체가 아니라 심리전단 직원들이 그러한 트위터 계정을 사용한 것인지의 여부 즉, 그 기재의 진실성을 요증사실로 하는 경우에는 전문법칙이 적용되어야 한다. 그런데 원심의 위와 같은 논리는 시큐리티 파일에 269개의 트위터 계정이 기재된 문서가 작성되어 존재한다는 사실과 269개 트위터 계정에 관한 각각의 구체적이고 개별적 사정이 아닌 그 연관성에 관한 개괄적이고 포괄적인 정황 사실의 존재만으로, 시큐리티 파일에 기재된 269개의 트위터 계정 모두를 심리전단 직원들이 사용한 것이라고 인정한 것에 다름없다. 따라서 이는 작성자의 진술이 아닌 다른 증거들에 의하여 인정되는 정황 사실만으로 손쉽게 그 기재의 진실성을 요증사실로 하는 전문증거인 시큐리티 파일의 진정성립을 인정한 결과가 되어, 그와 같은 전문증거는 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다는 형사소송법 제313조 제1항에 반하는 것이어서 수긍할 수 없다.

## VI. 형사소송법 관련규정의 제·개정 경위, 전문법칙 및 직접주의 원칙

### 1. 검토 필요성

위 일련의 대법원 판례를 검토하여 보면, 서면 증거에 관한 대법원 판결의 해석론은 다음과 같이 정착된 것으로 보인다.

‘피고인 또는 피고인 아닌 사람이 정보저장매체에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하는 경우, 이는 실질에 있어서 피고인 또는 피고인 아닌 사람이 작성한 진술서나 그 진술



을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 압수 후의 보관 및 출력과정  
에 조작의 가능성이 있으며, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되  
지 않는 점 등에 비추어 그 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이  
적용되고, 따라서 원칙적으로 형사소송법 제313조 제1항에 의하여  
그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명된  
때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다. 다만 정보저장매체에 기  
역된 문자정보의 내용의 진실성이 아닌 그와 같은 내용의 문자정보  
가 존재하는 것 자체가 증거로 되는 경우에는 전문법칙이 적용되지  
아니한다(대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결, 대법원 2013. 2.  
15. 선고 2010도3504 판결 등 참조). 나아가 어떤 진술을 범죄사실에  
대한 직접증거로 사용할 때에는 그 진술이 전문증거가 된다고 하더  
라도 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과  
관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용할 때에는 반드시 전문  
증거가 되는 것은 아니다(대법원 2000. 2. 25. 선고 99도1252 판결  
등 참조).'

그런데, 대법원은 위와 같이 전문법칙에 관한 중심적인 법리를 설  
시하면서도, 구체적인 사안에 따라 전문법칙을 적용할 것인지, 아닌지  
여부와 관련하여 일관되지 않고, 때로 혼동하는 판시를 하고 있는  
것으로 보인다.

대법원 판결의 설시의 문제점 등을 파악하기 위해서는, 대한민국  
의 현행 형사소송법의 제·개정 과정을 살펴보고 전문법칙 및 직접주  
의 원칙 수용 경위를 분명히 하여 법률의 취지를 명확히 할 필요가  
있고, 나아가 대법원의 설시의 타당성을 살피기 위해 영미법상 전문  
법칙과, 독일법 상의 직접주의 원칙을 검토할 필요가 있다.

## 2. 한국 형사소송법의 직접주의 및 전문법칙 수용 경위<sup>41)</sup>

### 가. 일제 강점기 형사소송법

이 시기에는, 대한민국에서 조선 형사령에 의해서 일본의 형사소송법을 의용해 사용하였다.

#### 1). 일본 명치 시대 치죄법상의 조서규정

일본은 명치 시대에 대륙의 근대적 제도를 도입했고, 1880년 치죄법이 공포되어 1882년부터 시행되었는데, 이는 주로 프랑스의 제도를 모방하였다고 평가되어진다. 이 제도에서, 검사는 범죄의 고소가 있고 증거가 명백한 자 및 현행범죄의 범인을 체포하여 사안을 명백히 하여 판사에게 송치하고, 증거가 명백하지 않은 경우 사법경찰관리에 명하여 탐색하도록 하며, 사법경찰관리는 현행범죄는 직접 범인을 체포할 수 있지만, 그 외에는 검사에게 보고하여 그 지휘를 받아 탐색, 체포에 착수하도록 규정되어 있었다. 한편 위 법률에서는 예심판사 제도를 두었는바, 강제처분권은 예심판사에게 전속시키고, 현행범 이외의 복잡하거나 중대한 사건에 대해서 검사가 예심을 청구하면, 예심판사는 각종 증거를 수집하고, 피고인 및 증인을 신문하여 현재와 유사한 방식으로 조서를 작성하였다. 단, 검사나 사법경찰관은 현행범 등의 긴급처분에 있어 예외적으로 예심판사의 권한을 행사하여 신문 등을 할 수 있었고, 이때 조서가 작성되었다.

위 치죄법상에서는 조서나 진술서면 등의 증거능력에 아무런 제한이 없었고, 그 신빙성의 판단은 법원에 맡겨져 있었고, 이러한 문서에 관한 규정은 명치시대 형사소송법에서 유지되었다.

---

41) 이완규, 형사소송법연구1, 탐구사, 2008, 182쪽 이하, 권창국, 한국형사소송법에서의 전문증거법칙에 관한 재고찰, 형사소송이론과실무 2권 1호, 210 15쪽 이하, 신동운 제정형사소송법의 성립경위, 형사법연구 22호, 2014, 163쪽 이하

## 2). 일본 대정 시대 형사소송법상의 조서규정

1924년부터 시행된 대정형사소송법은 제343조에서 피고인, 기타의 자의 공술을 녹취한 서면으로서, 법령에 의하여 작성된 신문조서에 해당하지 않는 경우에 원칙적으로 증거능력을 제한하였다. 다만, 예외적으로 공술자가 사망한 때, 질병 기타 사유에 의하여 공술자를 신문할 수 없는 때, 소송관계인의 이의가 없는 때에는 증거로 사용할 수 있다고 하였다.

위 대정시대의 특색은, 과거 치죄법 시대에는 증거가 명백한 자 및 현행범인에 대해서만 예외적으로 검사의 신문권 등이 인정된 반면, 요급사건<sup>42)</sup>의 개념이 추가되면서, 대정형사소송법 하에서는 요급사건에 대해서도 검사의 신문권이 인정되었다. 특히 1912년 조선 형사령에 의하면, 검사에게 허용한 직무 중 구류장 발부를 제외한 모든 직무는 사법경찰관도 역시 임의로 이를 할 수 있게 규정되어 있었다.

일본 본토의 형사소송법이 조서의 증거능력을 광범위하게 인정하고 있었지만, 그러한 조서를 작성하는 권한 자체, 즉 신문을 하는 권한이 주로 판사에게 부여되어 있었고, 검사나 사법경찰관은 제한된 범위에서 권한을 행사하였으므로, 조서재판이 이루어져도 상당 부분은 적어도 법관의 조서에 의한 재판으로서 그 객관성과 신용성이 담보되는 안전장치를 가지고 있었으나, 식민지 조선에서는 이러한 예심 판사의 권한을 검사뿐만 아니라 사법경찰관까지 광범위하게 행사하게 되었고, 사법경찰관이 작성한 신문조서 역시 법령에 의하여 작성된 것으로서 증거능력이 인정되었다.

---

42) ①피의자가 정해진 주거를 갖지 않은 때, ②현행범인이 그 장소에 있지 않을 때, ③현행범인의 취조로 인하여 그 사건의 공범을 발견하였을 때, ④기결의 수인 또는 본 법에 의하여 구금된 자가 도망한 때, ⑤사체의 검증으로 인하여 범인을 발견한 때, ⑥피의자가 상습으로 강도 또는 절도의 죄를 범한 것일 때 등

1937년 중일전쟁 개시 이후, 일본에서의 국가 총동원법에 의한 전시입법이 이루어졌는바, 그 내용은 대부분 수사과정에서 확보한 피의자 등의 신문조서의 증거능력의 제한을 완화, 철폐하는 내용이었다. 특히 1942년 전시특별법에 따라 대정형사소송법의 위 법령에 의하여 작성된 신문조서가 아닌 경우 증거능력을 부여하지 않던 규정의 적용을 배제하였다.

특이한 점은 일본의 경우 배심제도를 도입하면서도, 전문법칙이 아닌 대륙법의 직접주의원칙을 수용하였다는 점이다.

### 3). 광복 이후 1954년 형사소송법제정 이전

미군정 하에서 1948년 제정된 군정법령 제176호 형사소송법의개정법규에 따라 조선형사령 제12조 ~ 제16조 등 군정법령에 위배되는 모든 조항은 폐지되었다. 그로 인하여 이 시기에는 형사소송은 위 군정법령 제176호를 따르되, 구 형사소송법(대정 형사소송법)이 위 군정법령을 보완하는 형태로 적용되었다.

이 기간 동안에 사법경찰관에게도 피의자에 대한 10일 이내의 구속권한을 인정하고, 검사를 경유하여 그 구속기간 연장 신청권도 1회에 한하여 부여되었으며, 이 기간 동안 피의자신문이 허용되었다.

그리고 앞서 살펴본 바와 같이 대정 형사소송법 제343조에 의해서, 위 사법경찰관 작성 피의자신문조서 역시 검사 작성의 조서나, 예심판사에 의해 작성된 조서와 같이 법령에 의하여 작성된 조서로서 증거능력이 인정되었다.

### 나. 제정 형사소송법상 증거능력에 관한 규정

#### 1). 서설

1954. 형사소송법 제정과 관련하여, 법전편찬위원회에서 심의, 의

결된 형사소송법요강 제1항과 제2항은, 의용형사소송법을 기초로 하면서 미군정법령 제176호 「형사소송법의 개정」 중 영장제도, 보석제도, 구속적부심제도 등을 형사소송법에 편입시키기로 하였다.

## 2). 증거능력 규정

제정 형사소송법의 조서 등에 대한 증거능력에 관한 규정은 다음과 같다.

第311條(證據能力) 公判準備 또는 公判期日에 被告人 또는 被告人 아닌 者の 陳述을 記載한 調書, 法院 또는 法官의 檢證, 鑑定의 結果를 記載한 調書와 押收한 書類 또는 物件은 證據로 할 수 있다.

第312條(同前) 檢事 또는 司法警察官의 被疑者 또는 被疑者 아닌 者の 陳述을 記載한 調書, 檢證 또는 鑑定의 結果를 記載한 調書와 押收한 書類 또는 物件은 公判準備 또는 公判期日에 被告人 또는 被告人 아닌 者の 陳述에 依하여 그 成立의 眞正함이 認定된 때에는 證據로 할 수 있다. 但, 檢事以外의 搜查機關에서 作成한 被疑者의 訊問調書는 그 被疑者였던 被告人 또는 辯護人이 公判庭에서 그 內容을 認定할 때에 限하여 證據로 할 수 있다.

第313條(同前) 前2條의 規定 以外에 被告人 또는 被告人이 아닌 者가 作成한 書類 또는 그 陳述을 記載한 書類로서 作成 또는 陳述한 者の 自筆이거나 그 署名 또는 捺印이 있는 것은 公判準備 또는 公判期日에 被告人 또는 被告人 아닌 者の 陳述에 依하여 成立의 眞正함이 證明된 때에는 證據로 할 수 있다.

第314條(證據能力에 對한 例外) 前2條의 境遇에 公判準備 또는 公判期日에 陳述을 要할 者가 死亡, 疾病 其他 事由로 因하여 陳述할 수 없는 때에는 그 調書 其他 書類 또는 物件을 證據로 할 수 있다. 但, 그 調書 또는 書類는 그 陳述 또는 作成이 特히 信憑할 수 있는 狀態下에서 行하여 진 때에 限한다.

第315條(當然히 證據能力이 있는 書類) 다음에 揭記한 書類는 證據로 할 수 있다.

1. 戶籍의 謄本 또는 抄本, 公正證書謄本 其他 公務員 또는 外國公務員

의 職務上 證明할 수 있는 事項에 關하여 作成한 文書  
 2. 商業帳簿, 航海日誌 其他 業務上 必要로 作成한 通常文書  
 3. 其他 特히 信用할 만한 情況에 依하여 作成된 文書  
 第316條(證據能力의 制限) 被告人 아닌 者의 公判準備 또는 公判期日  
 에 있어서의 陳述이 被告人 아닌 者의 陳述을 그 內容으로 하는  
 것인 때에는 原陳述者가 死亡, 疾病 其他 事由로 因하여 陳述할  
 수 없는 때에 限하여 證據로 할 수 있다. 但, 그 陳述이 特히 信  
 憑할 수 있는 狀態下에서 行하여진 때에 限한다.

### 3). 증거능력 조문 특색

위 조문의 특색은, 조서와 진술에 대해서 항을 달리 하여 규정하고 있는 점, 즉 조서 또는 서면에 대한 증거능력에 관하여 제311조 내지 제315조까지, 피고인 아닌 자의 전문 진술에 관하여 제316조에 각 규정하고 있다는 점에 있다.

우선 제311조 내지 제315조에 대해서 살펴보면, 위 규정에서는 조서로서 구두의 증언을 대체할 수 있도록 규정되어 있다. 위 규정의 형식은 앞서 살펴본 증거법 원칙 중 대륙법계의 직접주의적 관점에서 그 직접주의의 예외를 인정하는 원리로 접근하여야 이해될 수 있다.

영미법계의 전문법칙의 경우, 공판정 외에서 행해진 진술을 주개념으로 구성할 뿐, 조서를 주개념으로 하지 않기 때문이다. 즉, 전문(Hearsay)으로 개념 지워지는 “공판정외의 진술”은 원칙적으로 증거가 되지 않는다는 것이며, 이에 따라 이 공판정외 진술을 담아 공판정에서 현출하는 수단으로는 제3자의 증언, 조서 등 서면, 녹음테이프, 영상녹화물 등을 차별하지 않는다.

이에 반해 대륙법계의 직접주의는 공판정 외에서의 진술도 원칙적으로 모두 증거가 되나 이를 전달하는 수단으로서의 조서를 제한하고, 원칙적으로 원진술자의 공판정 진술 또는 제3자의 증언 등 공

판정 증언을 통해 그 진위를 확인하며, 조서는 그 확인과정에서 보충적 자료로 사용한다는 것이다.

한편, 제정 형사소송법에서 앞선 독일 직접주의의 예외와 구별되는 점은, 제314조의 예외를 규정하면서 예외에 해당하는 조서 등이 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것만 증거로 사용될 수 있도록 제한한 것이다. 이는 영미법계의 전문법칙적 관점의 원칙이 도입되었다고 보는 것이 일반적인데, 제정 형사소송법은 특히 참고인이 법정에서 증언할 수 없는 상황<sup>43)</sup>이라는 예외적인 경우에만 이를 적용하였다. 대륙법계의 직접주의에서는, 위 특신상태는 증거능력의 요건이 아니며, 이는 직업법관의 증명력 판단으로 해결된다.

#### 4). 수사기관 조서의 증거능력 제한 요건으로서의 진정성립 규정

일본 구형사소송법은 “법령에 의해 작성된 조서”이면 증거능력을 부여했는데, 제정 형사소송법에서는 법관의 조서(제311조)는 아무런 제한 없이 증거능력을 인정하나, 수사기관의 조서는 진정성립을 요구하는 것으로 구별되게 되었다.

이러한 수사기관의 조서에 대해서 진정성립을 요구하는 내용은, 영미법계 당사자주의의 증거법에서 중요하게 문제되는 진정성(authentication) 입증의 관점이다. 앞서 독일의 직접주의에 관한 규정을 보면, 이러한 진정성립을 요구하는 규정은 없고, 그에 대한 판단은 증명력의 관점에서 직업법관에게 맡겨져 있다.

나아가, 영미법계의 진정성의 개념과도 차이가 나는 점은, 영미법계의 경우 진정성의 입증은 증인의 진술뿐만 아니라 여러 가지 객관적인 방법을 통해서 증명하게 하고 있는 반면, 위 제정형사소송

---

43) 이를 영미법상 전문법칙에는 Unavailability라고 함.

법은 그 진정성립의 방법에 관하여, ‘피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술’에 의해 인정되는 방법만 규정하였다는 것이다.

#### 다. 1961. 개정법상 증거능력 규정의 변화

##### 1). 서설

형사소송법은 이후 1961. 개정을 거치면서 당사자주의적 요소의 강화와 함께 증거법에서도 전문법칙적 관점이 강화되어 전문법칙에 따라 증거 규정이 정비되었는데, 다만 그 전문법칙도 영미법적 전문법칙이 아니라 일본식으로 변화된 일본 형사소송법상의 전문법칙을 모델로 하면서 일부 변형을 하였다.

##### 2). 1961. 신설, 개정된 증거능력 규정

第310條의2(傳聞證據와 證據能力의 制限) 第311條 乃至 第316條에 規定한 것 以外에는 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述에 대신하여 陳述을 記載한 書類나 公判準備 또는 公判期日外에서의 他人의 陳述을 內容으로 하는 陳述은 이를 證據로 할 수 없다.<신설 1961·9·1>

第311條(法院 또는 法官의 調書) 公判準備 또는 公判期日에 被告人이나 被告人 아닌 者の 陳述을 記載한 調書와 法院 또는 法官의 檢證, 鑑定의 結果를 記載한 調書는 證據로 할 수 있다. 第184條<sup>44)</sup>의 規定에 依하여 作成한 調書도 또한 같다. <改正 1961·9·1>

第312條(檢事 또는 司法警察官의 調書)

①檢事が 被疑者나 被疑者 아닌 者の 陳述을 記載한 調書와 檢事 또는 司法警察官이 檢證의 結果를 記載한 調書는 公判準備 또는 公判期日에서의 原陳述者의 陳述에 依하여 그 成立의 眞正함이 認定된 때에는 證據로 할 수 있다. 但, 被告人이 된 被疑者의 陳述을 記載한 調書는 그 陳述이 特히 信憑할 수 있는 狀態下에서 行하여 진 때에 限하여 被疑者였던 被告人의 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述에 不拘하고 證據로 할 수 있다. <改正 1961·9·1>

②檢事以外の 搜查機關 作成의 被疑者 訊問調書는 公判準備 또는 公判



期일에 그 被疑者였던 被告人이나 辯護人이 그 內容을 認定할 때에  
限하여 證據로 할 수 있다. <改正 1961·9·1>

第313條(陳述書等)

① 前2條의 規定 以外에 被告人 또는 被告人이 아닌 者가 作成한 陳述  
을 記載한 書類로서 그 作成者 또는 陳述者의 自筆이거나 그 署名  
또는 捺印이 있는 것은 公判準備나 公判期日에서의 그 作成者 또는  
陳述者의 陳述에 依하여 그 成立의 眞正함이 證明된 때에는 證據로  
할 수 있다. 但, 被告人의 陳述을 記載한 書類는 公判準備 또는 公判  
期日에서의 그 作成者의 陳述에 依하여 그 成立의 眞正함이 證明되  
고 特히 信憑할 수 있는 狀態下에서 行하여 진 때에 限하여 被告人  
의 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述에 不拘하고 證據로 할 수 있  
다.

② 鑑定의 經過와 結果를 記載한 書類도 前項과 같다.

第314條(證據能力에 對한 例外) 前2條의 境遇에 公判準備 또는 公判期  
일에 陳述을 要할 者가 死亡, 疾病 其他 事由로 因하여 陳述할 수  
없는 때에는 그 調書 其他 書類를 證據로 할 수 있다. 但, 그 調書  
또는 書類는 그 陳述 또는 作成이 特히 信憑할 수 있는 狀態下에서  
行하여 진 때에 限한다.<改正 1961·9·1>

第316條(傳聞의 陳述)

① 被告人이 아닌 者의 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述이 被告人의  
陳述을 그 內容으로 하는 것인 때에는 그 陳述이 特히 信憑할 수 있  
는 狀態下에서 行하여진 때에 限하여 이를 證據로 할 수 있다. <신설  
1961·9·1>

② 被告人 아닌 者의 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述이 被告人 아  
닌 他人의 陳述을 그 內容으로 하는 것인 때에는 原陳述者가 死亡,  
疾病, 其他 事由로 因하여 陳述할 수 없고, 그 陳述이 特히 信憑할  
수 있는 狀態下에서 行하여 진 때에 限하여 이를 證據로 할 수 있다.

第318條의2(證明力を 다투기 爲한 證據) 第312條 乃至 第316條의 規定  
에 依하여 證據로 할 수 없다는 書類나 陳述이라도 公判準備 또는  
公判期日에서의 被告人 또는 被告人이 아닌 者의 陳述의 證明力を  
다투기 爲하여는 이를 證據로 할 수 있다.<신설 1961·9·1>

### 3). 특색

첫째로 제310조의 2에서 전문증거와 증거능력의 제한이라는 제목으로 전문증거에 대한 정의 규정을 도입하여, “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.”고 규정하였다. 이는 일본 형사소송법 제320조 제1항과 문언이 동일하다.

위 조문에 대해서는, 전형적인 영미법상의 전문법칙을 규정한 조문이라는 견해와, 위 조문은 영미법계의 전문법칙 이론의 규정화라기보다는 독일의 직접주의를 규정한 것이라는 견해가 대립된다.

둘째로, 제정 형사소송법 제316조에 피고인의 공판정외 진술을 내용으로 하는 전문증언에 대해서는 규정하고 있지 않아, 이에 관하여 직접주의적 관점에서 이에 대한 증거능력 제한 규정이 없으므로 당연히 증거능력이 인정된다는 견해와, 전문법칙적 관점에서 이에 대한 규정이 누락되었다는 견해의 대립이 있었다. 이에 관하여 316조 제1항으로 관련 조문이 추가되었다.

셋째로, 특신상태 규정을 피고인의 수사단계 진술에 관한 조서와 전문증언에 모두 적용되게 전면확대 하였다. 특신상태 규정은 영미법계에서는 피고인의 진술에 대해 적용되지 않음에도 불구하고 이를 피고인의 진술에도 적용하는 것으로 했다는 점에서 차이점이 있다.

넷째로, 탄핵증거 규정이 제318조의 2로 일본 형사소송법의 문언을 차용하여 규정되었다.

## 라. 현행법까지의 증거능력의 규정변화

### 1). 서설

위 형사소송법 개정 이후, 소소한 변화를 제외하고는 61년 형사소송법에서 만들어진 증거능력에 관한 규정이 유지되던 중, 2007. 6.

1. 시행된 형사소송법에서 상당 부분이 개정되었다.

그리고, 이후 2016. 5. 29. 시행된 형사소송법에서 디지털 증거와 관련하여, 상당 부분의 개정이 있었다.

### 2). 2007. 개정 형소법 증거능력 규정의 주요개정 사항

#### 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)

- ① 검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.
- ② 제1항에도 불구하고 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.
- ③ 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.
- ④ 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수

있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.

- ⑤ 제1항부터 제4항까지의 규정은 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서에 관하여 준용한다.
- ⑥ 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에서의 작성자의 진술에 따라 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. [전문개정 2007.6.1]

제314조(증거능력에 대한 예외) 제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다. [전문개정 2007.6.1.]

#### 第316條(傳聞의 陳述)

- ① 피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述이 被告人의 陳述을 그 內容으로 하는 것인 때에는 그 陳述이 특히 信憑할 수 있는 狀態下에서 행하여졌음이 증명된 때에 限하여 이를 證據로 할 수 있다.<개정 2007.6.1>
- ② 被告人 아닌 者의 公判準備 또는 公判期日에서의 陳述이 被告人 아닌 他人의 陳述을 그 內容으로 하는 것인 때에는 原陳述者가 死亡, 疾病, 外國居住, 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 事由로 因하여 陳述할 수 없고, 그 陳述이 특히 信憑할 수 있는 狀態下에서 행하여졌음이 증명된 때에 限하여 이를 證據로 할 수 있다.<개정 1995.12.29, 2007.6.1>

#### 제318조의2(증명력을 다투기 위한 증거)

- ① 제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 또는 피고인이 아닌 자(공소제기 전에 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다.

② 제1항에도 불구하고 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 진술함에 있어서 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 피고인 또는 피고인이 아닌 자에게 재생하여 시청하게 할 수 있다. [전문개정 2007.6.1]

### 3). 현행 형사소송법(2016. 5. 29. 시행) 증거능력 규정 신·구 대조표

종 전	개 정 법
제313조(진술서등) ① 전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 <u>그 서명 또는 날인이 있는 것</u> 은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.	제313조(진술서등) ①----- ----- ----- ----- ----- <u>그 서명 또는 날인이 있는 것</u> (피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)----- ----- ----- -----
② <u>감정의 경과와 결과를 기재한</u>	② 제1항 본문에도 불구하고 진술

<p><u>서류도 전향과 같다.</u></p> <p><u>&lt;신 설&gt;</u></p> <p>제314조(증거능력에 대한 예외) 제312조 또는 제313조의 경우 에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병· 외국거주·소재불명 그 밖에 이 에 준하는 사유로 인하여 진술 할 수 없는 때에는 그 <u>조서 및</u> <u>그 밖의 서류</u>를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성 이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.</p>	<p><u>서의 작성자가 공판준비나 공판기</u> <u>일에서 그 성립의 진정을 부인하</u> <u>는 경우에는 과학적 분석결과에</u> <u>기초한 디지털포렌식 자료, 감정</u> <u>등 객관적 방법으로 성립의 진정</u> <u>함이 증명되는 때에는 증거로 할</u> <u>수 있다. 다만, 피고인 아닌 자가</u> <u>작성한 진술서는 피고인 또는 변</u> <u>호인이 공판준비 또는 공판기일에</u> <u>그 기재 내용에 관하여 작성자를</u> <u>신문할 수 있었을 것을 요한다.</u></p> <p><u>③ 감정의 경과와 결과를 기재한</u> <u>서류도 제1항 및 제2항과 같다.</u></p> <p>제314조(증거능력에 대한 예외) ----- ----- ----- ----- ----- -----<u>조서 및</u> <u>그 밖의 서류(피고인 또는 피</u> <u>고인 아닌 자가 작성하였거나</u> <u>진술한 내용이 포함된 문자·</u> <u>사진·영상 등의 정보로서 컴</u> <u>퓨터용 디스크, 그 밖에 이와</u> <u>비슷한 정보저장매체에 저장된</u> <u>것을 포함한다)</u>-----.</p>
--	---

4). 개정 규정의 특색

2007. 6. 1. 시행된 형사소송법의 특색은, 대법원 판례의 실질적 진정성립 이론에 관하여, 실질적 진정성립 개념을 유지하면서도 실질적 진정성립 입증수단을 구법상의 원진술자의 진술 하나인 체제에서 객관적인 여러 가지 방법으로 증명하게 하였다는 점과, 사법경찰관의 피의자신문과 관련하여 조사자 증언제도를 도입하였다는 점에 있다.

2016. 5. 29. 시행된 형사소송법의 특색<sup>45)</sup>은, 형사소송법 제313조의 진술서 등에 컴퓨터 등으로 생성되어 저장된 디지털 증거도 이에 포함되는 것을 명백하게 하였고, 그 진정성립 증명과 관련하여 진술자나 작성자가 그 성립의 진정을 부인하는 경우에도 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정을 증명할 수 있게 하되, 피고인 아닌 자가 작성한 진술서의 경우, 피고인 또는 변호인의 공판준비기일 또는 공판 기일에 작성자를 신문할 수 있는 경우에 증거능력을 부여하게 되었다.

### 3. 미국증거법의 전문법칙

#### 가. 서설

미국의 전문법칙(Hearsay Rule)이란, 요증 사실을 직접 경험한 자 아닌 자의 진술은 그 진술에 언급된 사실을 증명하기 위해서는 증거로 허용되지 않는다는 증거법칙이다<sup>46)</sup>. 즉 전문증거는 증거로서 허용되지 않는다는 원칙을 천명한 것인데, 전문증거의 경우, 원진술자의 관찰·기억·표현·서술 등의 과정에서 과오의 존부가 반대신문 등을

45) 국회 법제사법위원회, 1918711\_법제사법위원회\_위원회제출안-형사소송법개정안 심사의견, [http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_G1E6X0C5M1I6C2L3S3L5J1L3A4M4A1](http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_G1E6X0C5M1I6C2L3S3L5J1L3A4M4A1), 2016.

46) 권오걸, 한국형사소송법과 미국연방증거법상 전문법칙 비교연구, 경상대학교 법학연구 24권, 2016, 132쪽 이하

통하여 검증될 수 없기 때문에 법률상 증거능력이 원칙적으로 부인되고 있다.<sup>47)</sup> 여기서 진술(statement)이란, 진술자가 인식 또는 경험한 사실을 말이나 글이나 몸짓으로 표현 내지 설명하는 것이고, 어떠한 사실의 존재 또는 부존재를 주장하는 것이다.<sup>48)</sup>

통상 소송행위로서 진술이란 심판자에 대하여 사실을 보고하는 행위(공술) 또는 사실상, 법률상 의견을 제시하는 행위(주장)을 말한다<sup>49)</sup>.

#### 나. 전문증거

전문증거란, “법정 외에서 행하여진 어떤 진술을 제3자가 법정에서 증언하거나 또는 그 진술을 기재해서 제출한 증거”이다. 전문증거는 증거방법에서 주장된 사실들의 진실성을 증명하려고 제공된 것으로서 그 증거의 가치가 법정 외에서의 진술자의 신뢰성에 의존되어 있는 진술이라고 할 것이다.<sup>50)</sup>

증인 W가 증언대에 서서 원진술자 D의 말 “X란 사람이 어느 때, 어느 장소에서 한 시간에 60마일 속도로 절취한 자동차를 몰고가더라”라는 말을 인용한 경우, 만약 제출자가 위 증거로써 위 X의 행위를 증명하려고 한다면, 우리는 D의 신뢰성, 그의 관찰 기회와 관찰 능력 및 거짓말 또는 진실을 말할 가능성이 있는 그의 성형 등에 큰 관심을 가지게 될 것(이러한 경우 전문증거이다)이며, 이러한 경우 D에 대한 대질 및 반대신문의 결여 그리고 D의 선서 결여 등이 그 증언의 가치를 크게 감소시킬 수 있다.<sup>51)</sup>

그러나 같은 증거가 아주 다른 목적, 예를 들어 D가 말할 때 의

---

47) 차용석, 형사소송법, 세영사, 1998, 750쪽 이하

48) 최병각, 진술과 기록의 증거능력, 형사판례연구 21권, 462쪽 이하

49) 신동운, 신형사소송법 제4판, 법문사, 2012, 627면 이하

50) 차용석, 같은 책 750쪽 이하

51) 차용석, 위의 책 751면 이하, 괄호 부분은 필자가 부연하였다.



식이 있었다던가, 영어를 할 수 있었다든가, 또는 명예훼손으로 기소된 사안에서 X의 명예를 훼손한 말을 D가 하였다던가를 입증하려는 목적으로 제공된다면 그 증거는 D의 진술이기는 하지만 그 가치는 D의 신뢰성에 의존하는 것이 아니므로, 그의 신용성을 위한 보장은 아무런 중요성이 없다. 우리는 단지 D가 그렇게 말했느냐는 물음에만 관심이 있고(이러한 경우 증언한 W의 신뢰성이 관건이다), 이것은 바로 W의 증언으로 밝혀낼 수 있기 때문에 전문증거가 아니다.<sup>52)</sup>

#### 다. 전문증거인 진술증거와 전문증거가 아닌 진술증거의 구별<sup>53)</sup>

진술증거란 사람의 진술을 증거로 하는 것을 말하고, 그 진술에는 구두의 진술, 서면에 기재된 진술을 모두 포함한다. 진술증거 중 일정한 경우 전문증거에 해당하는데, 전문증거에는 전문법칙이 적용된다는 점에서 중요한 의미가 있다.

전문증거는, 사람의 진술 중에서 ①공판정 이외의 장소에서 행해진 진술로서, ②경험사실의 진술을 내용으로 하고, ③그 경험사실의 진위를 입증하기 위한 목적으로 제출되는 증거이다. 진술증거라도 전문진술에 포함되지 않으면, 비진술증거와 같이 일반적인 증거능력 규정에 따라 증거능력 여부를 따진다.

예를 들어, 갑이 공범 을에게 휴대폰 문자메시지로 병을 살해하라는 지시를 한 경우, 그 휴대폰 문자메시지를 갑과 을의 공범관계를 입증하기 위해 제출하는 때에는 그 휴대폰 문자메시지는 사람의 진술을 내용으로 하는 것이므로 진술증거이나, 경험 사실의 진술을 내용으로 하는 것이 아니고 그 자체로 하나의 의사표시에 해당한다.

52) 차용석, 위의 책 751면 이하, 괄호 부분은 필자가 부연하였다.

53) 노명선·이완규, 형사소송법 2판, 성균관대학교출판부, 2012, 485쪽 이하

또한 그 진술의 진위여부를 입증하는 것이 아니고, 그 진술의 존재 자체(“갑이 을에게 ‘병을 살해하라’는 휴대폰 문자메시지를 발송했다”, 괄호는 필자가 삽입)를 입증하고자 하는 것이므로 이는 전문증거가 아니다. 따라서 휴대폰 문자메시지는 전문법칙과 상관없이 진정성만 증명되면 증거로 할 수 있다.

대법원은 “형사소송법 제310조의2는 사실을 직접 경험한 사람의 진술이 법정에서 직접 제출되어야 하고 이에 갈음하는 대체물인 진술 또는 서류가 제출되어서는 안된다는 이른바 전문법칙을 선언한 것이다. 그런데 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 공소사실에 대하여, 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우, 그 문자정보는 범행의 직접적인 수단이고 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않으므로, 형사소송법 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용되지 않는다. 따라서 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제3호 위반죄와 관련하여 문자메시지로 전송된 문자정보를 휴대전화기 화면에 띄워 촬영한 사진에 대하여, 피고인이 성립 및 내용의 진정을 부인한다는 이유로 증거능력을 부정한 것은 위법하다”라고 판시<sup>54)</sup>하였다.

#### 라. 해석론상 인정되는 비전문증거

비전문증거에는 전문법칙이 적용되지 아니하고, 원칙적으로 증거로 사용할 수 있다. 일반적으로 아래의 증거는 비전문증거로서 전문법칙이 적용되지 않는다.

##### 1). 계쟁(系爭, Operative facts) 사실로서 증명되는 서면 또는 발언

증거 제출의 목적이 진술의 진실성이 아니라 그러한 진술이 있었

---

54) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도2556호 판결문

다는 사실 그 자체를 입증하기 위한 것인 때에는 전문증거가 아니며 허용된다.<sup>55)</sup> 예컨대, 갑이 “을이 절도하는 것을 보았다”라고 말한 것을 들은 병이 공판정에 출석해서 갑의 명예훼손을 입증하기 위하여 위 증언을 하는 경우 위 병의 증언은 전문증거가 아니고, 원시증거가 된다.<sup>56)</sup>

대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도8007 판결은, 갑이 전화를 통하여 피고인으로부터 2005. 8. 경 건축허가 담당 공무원이 외국연수를 가므로 사례비를 주어야 한다는 말과 2006. 2. 경 건축허가 담당 공무원이 4,000만 원을 요구하는데 사례비로 2,000만 원을 주어야 한다는 말을 들었다는 취지로 수사기관 및 법정에서 진술하였다면, 피고인에 의한 위와 같은 진술의 존재 자체는 알선수재죄에 있어서의 요증사실이므로, 이를 직접 경험한 갑이 피고인으로부터 위와 같은 말들을 들었다고 하는 진술들은 전문증거가 아니라 본래증거에 해당된다<sup>57)</sup>고 판시하였다.

## 2) 청취자·독자에게 미친 영향을 보이기 위한 발언 및 서면

어떠한 진술을 들은 사람이나, 진술대용서면을 읽은 독자가, 그 진술 또는 그 진술대용서면을 읽음으로써 특정 정보를 알게 되었다거나, 특정한 마음상태가 되었음을 입증하기 위해서 진술 증거 등이 제공되는 경우에는 전문증거가 아니다. 그 증언은 요증 사실의 진실성이 아니라, 단지 그 말의 효과를 입증하기 위해서 제출된 것이기 때문이다.<sup>58)</sup>

## 3) 원진술자의 정신상태 또는 감정을 정황적으로 보이기 위한 진술

---

55) 권오걸, 전게논문, 138쪽 이하

56) 차용석, 위의 책 754면 이하.

57) 권오걸, 위 논문, 138쪽 각주 28.

58) 정웅석/백승민, 형사소송법, 대명출판사, 2014, 636쪽

어떠한 진술 증거 등이 살해할 의사, 불법영득의 의사 등 법률적으로 의미가 있는 정신상태 등을 입증하기 위해 제시되는 경우 그러한 진술 증거는 전문증거가 아니다. 예를 들어, A가 살해당한 사건에서, X가 D로부터 “A는 죽어 마땅한 놈이다”라는 말을 들었다고 증언한 경우, D가 A에게 품은 감정상태를 입증하기 위해서 그 증언을 사용한 때에는 전문증거가 아니다. X가 청취한 내용이 D의 A에 대한 감정을 증명한 때에는 그 진술이 바로 직접증거가 되기 때문이다.<sup>59)</sup> 그 결과 관련성이 입증된다면 X의 증언이 D가 A를 살해한 사건에 대한 정황증거로 사용되는 수도 있을 것이다. 그러나 이때 X가 D로부터 “나는 A를 죽이겠다”고 하는 말을 들었다고 증언하고, 그 증언을 통하여 D의 A에 대한 살해사실을 입증하려고 사용한다면 그것은 전문증거가 된다.<sup>60)</sup>

#### 마. 미국 증거법의 비전문증거

미국 연방증거법에서는 비전문증거(‘statements That are Not Hearsay’)로 아래와 같이 ①증인의 종전에 부합 또는 모순 진술 ② 반대당사자의 자인<sup>61)</sup> 등을 들고 있다.

증인의 종전 진술 등에는, 진술자가 증인으로 출석해서 반대신문을 받고 있는 가운데 그가 종전에 했던 진술로서 (A) 진술자가 종전 재판이나 준비기일, 증거보전 절차, 기타 절차에서 위증의 벌을 받을 것을 선서한 후에 한 현재 증언과 불일치하는 진술; 또는 (B) 현재 증언과 일치하고 (i) 증인이 최근에 증언 내용을 조작했다거나 부당한 영향 또는 동기에 따라 증언하고 있다는 공격에 대해서 반박할 목적으로 제출한 진술, (ii) 다른 사유로 탄핵된 증인의

59) 차용석, 위의 책, 755쪽 이하

60) 차용석, 위의 책, 755쪽 이하

61) 김희균, 미연방증거규칙(Federal Rules of Evidence), 형사법의 신통향 48호, 2015

신용성을 보장하기 위한 목적으로 제출한 진술 (C) 종전에 특정인을 식별하면서 행한 진술이 미국증거법에 기재되어 있다.

반대당사자의 자인 등에는, 특정 당사자에게 진술로서 (A) 그 당사자가 직접 또는 대표자 자격에서 행한 진술, (B) 그 당사자가 사실로 인정했거나 사실로 믿는다고 말한 진술, (C) 특정 주제에 관하여 당사자가 대리 권한을 준 자가 행한 진술, (D) 당사자와 대리인 또는 종업원과 위임관계가 존속하는 중에 위임권의 범위 내에서 대리인 또는 종업원이 행한 진술 또는, (E) 범죄 음모의 진행 과정에서 공모자가 행한 진술을 기재하고 있으며, 위 사항에 대한 단서로서 ‘위에 적은 진술의 범주에 포함되는가를 판단함에 있어서 (C)항에서 말하는 대리권한, (D)항에서 말하는 위임관계의 존재 또는 범위; (E)항에서 말하는 공모관계의 존재에 대해서는 진술 자체로서 입증되었다고 할 수 없다.’ 내용이 규정되어 있다.

#### 바. 전문법칙의 예외<sup>62)</sup>

전문법칙 자체는 건전한 것이지만, 이것을 엄격히 고집하면 오히려 사실발견을 저해할 우려가 있다. 그래서 그 법칙에는 많은 예외가 형성되어 왔다. 이론적으로 고찰해 봐도 전문증거를 배척하는 주된 이유가 반대 당사자의 반대신문을 통하여 그 증거의 진실성을 보장하는 것이라면 전문된 것이라도 그 진실성을 의심할 여지가 없을만한 것은 반대신문의 기회를 부여하지 않더라도 증거로 허용해도 좋을 것이다. 오늘날 이 예외의 범위가 확대되어 가는 경향이 있다.

---

62) 차용석, 미국증거법상의 전문법칙, 한국아메리카학회미국학논집3권, 1970, 106쪽 이하, Macormick, po. cit., p 480 이하; Wigmore, Student text §235, §246, 313 및 Evidence §1370 이하; Maguire po. cit. pp 390-544; Association of American Law schools, op. cit. pp 793~974 : Uniform Rules of Evidence, Rules 62 - 66.

전문법칙의 예외는 판례를 통하여 성장해 왔기 때문에 전체적으로 보면 비이론적이라는 느낌을 준다. 그러나 여러 학자들에 그 예외를 인정하는 근거를 다음 요건으로 요약할 수 있을 것이다.

A. 전문을 인정할 필요성(necessity)이 있을 것. B. 전문진술이 신뢰될 만하다는 커다란 보장이 있을 것(circumstantial guarantee of trustworthiness), C. 원진술을 한 자가 증언대에 선다면 증인으로서의 자격을 구비하였을 것.

이상 필요성과 신용성의 정황적 보장 요건은 모든 예외에 평등하게 적용되는 것이 아니라 하나가 위주가 되면 다른 하나는 약하게 된다. 다만 필요성의 요건만으로는 예외가 되지는 않고, 반대신문에 대신할 만한 신용성의 정황적보장의 강약에 따라서 필요성의 정도가 달라진다고 할 수 있다<sup>63)</sup>.

현재 미국 증거법에는, 위 전문법칙의 예외<sup>64)</sup>를 매우 다양하게 기재하고 있다. 미국 증거법 제803조는 진술자의 출석 가능성 여부와 관련없는 전문법칙의 예외로서, 23개항을 규정하고 있는바, **지각한 것의 즉각적인 표현**(Present sense impression, 1항) **진술, 흥분 상태의 진술**(Excited Utterance 2항), **당시 존재하던 정신적, 정서적, 육체적 상황에 관한 진술**(Then-Existing Mental, Emotional, Physical Condition, 3항), **치료나 진료 목적으로 행한 진술**(Statement Made for Medical Diagnosis or Treatment, 4항), **기록된 기억**(Recorded Recollection, 5항, 증언자가 이용할 경우는 읽은 후 증언하는 방식으로 사용, 단 반대당사자는 제출 가능), **일상적인 업무의 기록**(Records of a Regularly Conducted Activity, 6항), **일상적인 업무 기록의 부재**(Absence of a Record of a Regularly

63) 차용석, 위 논문, 107쪽 이하

64) 김희균, 미연방증거규칙(Federal Rules of Evidence), 형사법의 신통향 48호, 2015

Conducted Activity, 7항), 공공문서(Public Records, 8항), 공공기관의 통계자료(Public Records of vital Statistics, 9항), 공문서 기록의 부재(Absence of a Public Record, 10항), 개인이나 가정사에 대한 종교기관의 기록 (Records of Religious Organizations Concerning Personal or Family History, 11항), 결혼, 세례 기타 증명서 (Certificates of Marriages, Baptism and similar ceremonies, 12호), 가족관계 기록(family Records, 13호), 재산상 이해관계를 기록한 문서(Records of Documents that Affect an interest in Property, 14호, 특정요건 충족시키는 공공기관이 관리하는 기록임), 재산상 이해관계에 영향을 미치는 서류 안에 들어 있는 진술(Statements in Documents that Affect an Interest in Property, 15호, 그 진술이 서류안에 포함되기 적절한 내용이며, 이후 재산 처분 등 후속조치가 그 취지와 부합하게 이루어진 경우), 고문서 안에 들어 있는 진술 (statements in Ancient Documents, 16호, 최소한 20년 이상 경과되었고 진정성에 문제가 없는 서류 안의 진술), 시장조사결과 기타 출판물(Market Reports and Similar Commercial Publications, 17호), 논문, 잡지, 팸플릿 등에 들어 있는 진술(Statements in Learned Treatises, Periodicals or Pamphlets, 18호), 개인이나 가족사, 경계, 성격과 기타 과거사실에 대한 평판(Reputation Concerning Personal or Family History, Boundaries or General History, Character, 19 ~ 21호), 종전의 유죄판결(Judgment of a Previous Conviction 22호), 개인이나 가족사, 역사적인 사건 및 경계(Judgments Involving Personal, Family, or General History, or a Boundary, 23호)에 대한 사항이 기재되어 있다.

미국 증거법 제804조는 진술자가 법정에 출석할 수 없는 경우 적용되는 전문법칙의 예외로서 종전 진술(Former Testimony, 1항), 죽음에 임박한 상태에서의 진술(Statement Under the Belief of

Imminent Death, 2항), 이익에 반하는 진술(Statement Against Interest, 3항), 개인 또는 가족사에 관한 진술(Statement of Personal or Family History, 4항), 진술자가 출석하지 못하게 한 자에게 불리한 진술(Statement Offered Against a Party That Wrongfully Caused the Declarant's Unavailability)를 규정하고 있고, '진술자가 출석할 수 없는 경우'(Criteria for Being Unavailable)로서, (1)법원의 판단으로 증언 거부 특권이 인정되어 진술자를 증인으로 부를 수 없는 경우, (2) 증인이 법원의 명령에도 불구하고 쟁점 사실에 대해서 증언하기를 거부하는 경우, (3) 증인이 쟁점 사실에 대해서 기억하지 못하는 경우, (4) 증인이 사망, 질병, 무능력, 심신상실 등 사유로 법정에 출석할 수 없거나 증언할 수 없는 경우, (5) 진술자가 재판이나 준비기일에 출석하지 아니하였거나 상당한 노력을 기울였음에도 진술자를 특정하지 못한 경우를 들고 있다.

그리고, 미국 증거법 807조(Residual Exception)에서는, 전문법칙에 관한 포괄적 예외 규정을 두고 있다. 위 규정에서는 ①신용성의 정황적 보장이 있고, ②쟁점사실에 대한 증거이며, ③진술의 제출자가 상당한 노력을 기울여 확보할 수 있는 다른 증거보다 쟁점사실을 증명하는 효과가 뛰어나고, ④ 그 진술의 증거능력을 인정하는 것이 본 규칙과 정의의 관점에서 바람직하다고 판단되는 진술에 대해서는, 전문증거이고, 미국증거법 제803조, 제804조에 따라 전문법칙의 예외로 인정받지 못하는 경우에도, 전문증거라는 이유로 증거에서 배제되지 아니한다.

#### 4. 대륙법체계의 직접주의 원칙

##### 가. 서설



한국 형사소송법 제310조의 2 내지 제316조에 관하여, 영미법 상의 전문법칙을 그대로 흡수한 규정이 아니고, 반대신문이라는 용어가 채택되지 아니한 점을 볼 때 대륙법체계의 직접주의 원칙을 함께 규정한 것이라는 견해가 있다.<sup>65)</sup>

한국의 형사소송법 전문증거 관련 부분의 조문 검토를 위해서는, 위 직접주의 원칙이 무엇인지, 전문법칙과는 어떠한 차이점이 있는지 분석하는 것이 도움이 된다.

#### 나. 직접주의 원칙

직접주의 원칙(Grundsatz der Unmittelbarkeit)이란 사실을 관찰한 자의 직접적인 진술을 기초로 하여 재판을 하여야 한다는 내용이다.<sup>66)</sup> 직접주의 원칙과 구두변론주의(구술주의:Mündlichkeit) 원칙은 19세기 초반 형사소송을 개혁하자는 논의에서 공판절차의 중요성을 강조하면서 등장하였고, 학자들은 이러한 개념들을 사용하여 예심절차에서 작성된 서면에 의하여 판결의 결과가 확정되는 규문재판을 비판하였다.<sup>67)</sup>

독일 형사소송법 제250조<sup>68)</sup>는 직접주의 원칙을 수용한 것으로 그 성격이 이해되는데, 동조의 전단은 증거가 사람의 인지에 기초하는 경우, 그 사람을 법정에서 신문하여야 한다고 규정하고 있다. 독일

---

65) 강구진, 형사소송법원론, 1984

66) 차용석, 형사소송법, 세영사, 1998, 759쪽 이하

67) 최준혁, 직접심리주의에 대한 논의의 기초, 직접심리주의의 '전형적 예외'인 독일 형사소송법 제251조의 검토, 형사법의 신통향 41호, 2013, 165쪽 이하

68) StPO §250 (Grundsatz der Persönlichen Vernehmung), Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden.

에서는 위와 같은 원칙을 천명한 후, 제251조 이하 규정을 통해서 다양한 전문서류, 수사기관이 작성한 조서도 증거로 활용하고 있다.<sup>69)</sup>

#### 다. 형식적 직접주의와 실질적 직접주의의 구별<sup>70)</sup>

형식적 직접주의란, 법원이 당사자와 증거방법을 직접 보고 들어야 하며, 나아가 법원이 직접 체득한 것에 한정되어 판단을 하여야 한다는 내용이다. 이는 법원의 증거조사 방법에 대해서 정의하고 있는 것이다. 이와 구별되는 실질적 직접주의란, 법원이 사실인정에 사용하는 증거에 관하여 최우량 증거라야 증거방법이 될 수 있다는 내용으로, 최량 증거의 원칙에 기반하고 있다.

독일에서의 학설은 증거조사 방법에 대해서는 절충적인 형태로서 형식적인 측면에서 실질적인 측면으로 나아가고 있고, 현재는 대체로 법원은 증거를 스스로 인식하여야 하며 증거조사를 다른 자에게 위임해서는 안되고(형식적 직접주의), 요증사실에 보다 근접해 있는 증거 방법을 그보다 멀리 떨어져 있는 증거방법보다 가능한 한 선호해야 한다(실질적 직접주의)는 내용<sup>71)</sup>으로 유지되고 있다.

#### 라. 전문법칙과의 구별

직접주의는 법원과 증거와의 관계에서 법관에게 올바른 심증을 형성하도록 한다는 직권주의적 요청인데 대하여, 전문법칙은 당사자

---

69) 권창국, 한국 형사소송법에서의 전문증거법칙에 관한 재고찰, 형사소송이론과 실무2권1호, 2010, 12쪽 이하

70) 최준혁, 위 논문, 167쪽 이하

71) Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 8. Aufl., C.H.Beck 2013, Rn. 65; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., C.h.Beck, 2009, 46/3ff.

와 증거와의 관계에서 당사자에게 반대신문권을 보장한다는 당사자주의의 요청을 반영한 것이다<sup>72)</sup>. 따라서 공동피고인의 진술과 서증의 취급에서 이 둘은 현저히 다른 태도를 보이는데, 공동피고인의 진술에 대해서 직접주의에 따르면 법관이 피고인의 태도를 직접 관찰할 수 있으므로 그 진술은 요증사실을 경험한 직접증거가 되어 피고인 본인에 대하여 무조건 증거능력이 인정된다. 그러나 전문법칙에서는 반대신문권의 보장여부가 논의되며, 따라서 공동피고인을 증인으로 환문(喚問)하여 피고인 본인의 반대신문을 받지 않는다면 공동피고인이 피고인으로서 행한 진술은 피고인 본인에 대하여 증거능력을 갖지 않는다. 또 서증에 있어서도 직접주의에서는 법원이 직접 심리하기만 하면 그것을 증거로 받아들이는 데 대하여, 전문법칙에서는 반대신문권의 보장이 결여되므로 원칙적으로 증거능력이 부인된다.<sup>73)</sup>

법원에서 요증사실과 관계를 따질 때 어떠한 증인이 전문증인이라고 하더라도, 직접주의 원칙에 대해서는 위 증인역시 직접증인(법관이 직접 증인 신문을 한다는 의미)이다. 독일 연방대법원은 전문증인에 대한 제한을 독일형사소송법 제251조에서 도출할 수는 없다고 판결하였고(BGHSt 17, 382(384)) 학자들도 전문증인에 대한 신문으로는 직접주의가 훼손되는 것이 아니라 법원의 실체적 진실발견 의무가 훼손된다고 설명한다.<sup>74)</sup>

#### 마. 독일 형사소송법 제251조의 변천과정<sup>75)</sup>

독일 형사소송법은 1943. 5. 29. 형사사법 간소화를 위한 제3차 법

72) 차용석, 위의 책, 759쪽 이하

73) 차용석, 위의 책, 760쪽 이하

74) 최준혁, 위 논문, 172쪽 이하

75) 최준혁, 위 논문, 177쪽 이하

률대위명령 이전까지는 법관의 신문조서만이 증인의 법정 진술을 대체할 수 있었다. 반면에 경찰의 신문조서는 충분하지 않으며, 필요한 경우에는 경찰공무원을 증인으로 신문하여야 했다. 이러한 규정이 위 1943년의 법률대위명령이 전쟁시 증거 멸실 가능성이 많다는 점이 고려되어 증인의 법정 진술을 대체할 수 있는 예외가 확대되었는데, 단순한 신문조서가 일반적 사례로서 제1항의 위치를 점하고, 법관의 신문조서는 그 높은 증거가치와 피신문자의 절차적 권리 보장 등의 측면에서 특별한 사례라는 측면에서 제2항에 배치되었다.

#### 바. 독일 형사소송법 제251조<sup>76)</sup>

독일 형사소송법 제251조는 증인과 증인신문을 서증과 그에 대한 증거조사를 대체할 수 있는 경우로 규정하고 있다.

독일 형사소송법 제250조(증거조사의 직접성) 어떤 사실에 관한 증거가 개인의 지각에 근거하고 있는 경우 공판에서 그를 신문하여야 한다. 이 신문은 과거 신문시 작성된 조서의 낭독이나 서류의 진술로써 대체될 수 없다.

위 조문에서는 인증이 서증보다 우선한다는 내용을 규정하고 있으나, 이 조문만으로 서증으로 증인신문을 보충하는 것 까지 금지하지는 않는다.

독일형사소송법 제251조(조서의 낭독)

- ① 다음의 경우 증인, 감정인 또는 공동피의자에 대한 신문을 이들의 서면진술을 포함하는 기록이나 이들에 대한 다른 신문조서의 낭독으로 대체할 수 있다.
1. 공판 피고인에게 변호인이 있으며 검사, 변호인, 공판피고인이 동의한 때
  2. 증인, 감정인 또는 공동피고인이 사망하였거나 다른 사유로 인하여

<sup>76)</sup> 최준혁, 위 논문, 173쪽 이하

- 이들에 대한 법원의 신문이 당분간 이루어질 수 없는 때
3. 기록 또는 문서가 재산상 손해의 존재 또는 정도에만 관련된 때
- ② 다음의 경우 증인, 감정인 또는 공동피의자에 대한 신문을 이들에 관한 과거 법원의 신문조서의 낭독 또는 그의 서류상의 진술로 대체할 수 있다.
1. 질병, 노쇠 기타 제거할 수 없는 장애로 인해 증인, 감정인 또는 공동피의자의 공판에의 출석이 장기간 또는 불확정기간 동안 불가능한 경우
  2. 증인 또는 감정인의 진술의 중요성을 고려해 볼 때 원격으로 인하여 이들의 공판에의 출석을 기대할 수 없는 경우
  3. 검사, 공판 피고인 및 변호인이 낭독에 동의한 경우
- ③ 직접적으로 판결에 이르기 위한 것과 다른 목적, 특히 어떤 자에 대한 소환과 신문수행 여부에 관한 판단의 준비를 위해 낭독되어야 하는 경우에도 신문조서, 기록 기타 증거방법으로 사용되는 문서를 낭독해야 한다.
- ④ 제1항과 제2항의 경우 낭독명령 여부는 법원이 결정하며, 낭독의 근거를 고지한다. 법원의 신문조서를 낭독하는 경우 피신문자의 선서 여부를 확인한다. 선서가 필요하다고 법원이 인정하거나 아직 선서가 가능한 경우 이를 추완한다.

우선 위 제251조를 보면, 특정 서면을 증거로 사용할 수 있는 경우에 대해서 기술하며, 증거 조사 방법을 함께 기술한 것에 특색이 있다.

첫 번째로 제1항에서는 조서를 낭독함으로써 이를 증거로 할 수 있는 경우에 대한 일반규정으로 ①공판정에서 피고인에게 변호인이 있고, 소송당사자가 동의한 경우, ② 증인, 감정인 또는 공동피고인이 사망하였거나, 다른 사유로 인하여 수소법원의 신문이 당분간 이루어질 수 없는 경우, ③ 손해배상의 액수에 대해서만 문제가 되는 경우 각종 조서를 증거로 사용할 수 있다고 규정하고 있다.

특히, 위 제3호는 사실인정과 관련하여 손해배상의 액수에 대해서

만 문제가 된다면, 수리비 등의 영수증만 제시하면 되고 반드시 증인신문을 할 필요는 없다는 고려에서 도입된 조항으로, 요증사실의 중요도의 관점에서 직접주의 원칙을 완화하는 규정으로 보인다.

두 번째로 제2항은 법관이 작성한 조서가 증거로 사용될 수 있는 경우를 규정하고 있는데, 특히 제2호에서 증인 또는 감정인의 진술의 중요도가 떨어져, 출석이 기대되지 않는 경우에 증인을 소환하지 아니하고, 법관의 과거 작성 조서를 증거로 사용할 수 있다는 점에 특색이 있다.

## VI. 양대 포털 게시물 증거사용에 관한 문제점

### 1. 서설

첫 번째로 양대 포털 홈페이지 게시물의 경우, 디지털 증거라는 특징 때문에 이 출력물을 증거로 사용하기 위해서는 압수물인 디지털 저장 매체 원본에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성이 인정되어야 하고, 이를 위해서는 디지털 저장매체 원본이 압수시부터 문건 출력시까지 변경되지 않았음이 담보되어야 한다.

특히 디지털 저장매체 원본을 대신하여 저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체로부터 출력한 문건의 경우에는 디지털 저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이에 자료의 동일성도 인정되어야 할 뿐만 아니라, 이를 확인하는 과정에서 이용한 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다<sup>77)</sup>.

---

77) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도 7257호 판결

두 번째로, 양대 포털 홈페이지 게시물을 위와 같은 절차를 거쳐 출력하였다고 하더라도 그 출력물이 전문증거인 경우는 물론이고 전문증거가 아닌 경우에도 작성자를 어떻게 특정할 것인지는 증거 사용과 관련하여 문제된다. 전문증거가 아니라고 하더라도, 확보되어 출력된 게시물이, 최초로 게시된 그 게시물이 맞는지 여부가 진정성 개념과 관련하여 중요하기 때문이다.

세 번째로, 앞서 살펴본 위 대법원 판결의 해석론에 어떠한 문제점이 있는지에 대한 검토가 필요하다.

## 2. 게시물의 진정성 관련한 문제점

### 가. 피고인의 변조 주장 가능성

피고인이 공판정에서 증거로 제시된 포털의 게시글에 관하여 자신이 작성한 내용이 아니라는 취지의 주장을 하는 경우, 제출한 증거가 바로 홈페이지에 게시된 자료임을 어떻게 입증할 것인지 문제된다.

그런데, 다음 카카오 및 네이버의 홈페이지에 게시된 게시물의 경우, 최초 글을 게시할 때 시간이 기재되어 있을 뿐, 이후 작성자가 이를 수정하는 경우 게시글 자체로 수정 여부를 확인할 방법이 없고(시간도 기록되지 않는다), 작성자가 이를 언제든지 삭제할 수 있다.

위와 같은 특성을 감안하면, 우선 신고가 있는 즉시 또는 수사기관에서 범행을 인지함과 동시에 위 게시글 등을 확보하는 것이 중요하다.

여기에서, 최대한 빨리 위 글을 수집하기 위해서 임의 수사의 방법을 이용하여 인터넷 브라우저 등을 통하여 원격지에서 직접 수집하는 경우, 그 증거는 수사기관에서 임의로 개인정보 등을 수집하는 경우에 해당하여 위법수집 증거에 해당하는 것이 아닌지와 관련한

문제가 있다.

이와 관련하여, 위 국정원 댓글 사건<sup>78)</sup>에서 대법원은 검찰이 다수의 닉네임 등이 작성한 글을 임의제출받은 사안에서, 위 닉네임의 경우 개인정보적인 성격을 가지고 있고, 개인정보보호법의 취지상, 수사기관이 이를 임의로 수집하는 것은 금지되어 있으므로, 압수수색 영장 없이 수집한 게시글들에 대해 위법수집한 정보로서 증거능력이 없다는 판시를 하였다.

나아가, 임의 수사의 방법으로 게시물 등을 확보하려는 경우, 수사기관에서 있는 게시물 내용을 그대로 수집하여 저장하였다(신뢰성, 전문성)는 점에 대해서 입증할 검증된 도구 등이 필요하나, 현재 디지털 증거 확보방법으로 주로 사용되는 Encase의 경우, 웹 상의 게시글을 확보하는 기능은 없다.

한편, 압수수색을 이용하는 경우, 피해자 등의 신고시부터 압수수색 영장에 의해 증거를 확보할 때까지 게시물의 내용이 바뀌거나, 삭제될 가능성이 있다는 문제가 있다.

#### 나. 작성자 특정 관련 문제

나아가, 앞서 살펴본 바와 같이 다음카카오, 네이버의 각 게시물의 경우 작성자를 식별할 수 있는 개인 식별정보로 닉네임이 유일한데, 위 닉네임만으로는 작성자를 특정할 수 없고, 게시자의 ID, 접속 IP 등의 개인정보가 필요하다.

통상 실무에서는 작성자를 특정하는 방법으로 아이디가 로그인된 장소가 피고인과 관련이 있는 주거 등의 장소인지, 피고인이 사용한

---

78) 대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625호 전원합의체 판결



ID가 다른 사람은 사용하지 않고 피고인이 단독으로 사용한 것으로 볼 수 있는지 여부(동일 아이디로 작성된 다른 게시물 존재 및 내용, 결제내역, 인증내역 등을 확인), 휴대전화 사용 내역 등을 감안할 때 위 아이디를 이용하여 글이 게시될 시간에, 저장된 IP를 사용할 수 있는 장소에 있었는지 여부 등을 따지는 방법으로 작성자를 특정하게 된다.

그런데, 위와 같은 모든 조치를 취한다고 하더라도, 논리적으로 ID는 타인이 이용하였을 가능성이 있고, IP 역시 여러 사람이 공유하거나, 실제 사용 IP를 감추는 기법 등을 사용하였을 가능성이 있어 위 정보만으로 사용자를 특정할 수 있는 충분조건이 될 수 없다는 점에 근본적인 문제가 있다.

### 3. 대법원 판시의 문제점

#### 가. 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317호 (소위 영남위원회 사건)

위 사안의 1심 및 2심에서는 증거로 제출된 컴퓨터 디스켓에서 출력된 문건에 대해서 증거물로 보아 형사소송법 제313조에 의한 증거능력 부여 필요성을 인정하지 않은 반면, 대법원은 이에 대해서 위 증거를 반국가단체 구성·가입 및 반국가단체구성원과의 통신·회합 등에 대한 공소사실 입증을 위해 사용할 경우에는 기재내용의 진실성과 관련된 서류로서 전문법칙이 적용되고, 작성자 등에 의해서 진정성립이 인정되지 않는 이상 이를 증거로 사용할 수 없다고 실시하였다.

그러나, 위 디스켓의 문건 등은 박OO이 결성한 단체에 가입하여 활동한 내역과 회의록 등이 담겨 있었던 것으로, 이는 앞서 살펴본 전문법칙상 전문증거가 아닌 증거인 ‘계쟁 사실로서 증명되는 서면 또는 발언’, ‘반대당사자의 자인’이거나, 전문법칙의 예외인 기록된

기억(Recorded Recollection)에 해당<sup>79)</sup>된다. 위 사안에서 위 문건들을 증거로 사용할 수 있는지와 관련하여 위 문건이 박OO 또는 피고인이 작성한 바로 그 문서가 맞다면(위 사례에서 피고인들은 위 문서가 위조 또는 변조되었다는 주장을 하였으나, 받아들여지지 않았다), 위 문서가 ‘피고인, 박OO 또는 그와 관련 있는 어떤 사람이 특정시점에 그 문서를 작성하였고, 그러한 문서를 피고인 등이 보관하고 있었다’는 간접사실을 입증하기 위해 제출되는 경우, 위 문서는 전문증거가 아니기 때문이다.

다만, 대법원은 위 컴퓨터디스켓이 이적물 표현물 소지죄의 입증과 관련하여서는 직접증거에 해당하여 증거능력이 있다고 설시하였다. 이 부분은 지극히 타당한 설시이다.

나. 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257호 (소위 일심회 사건)

진술증거의 기재내용의 진실성에 관하여서는 전문법칙이 적용된다고 할 것이고, 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다는 설시를 하였고, 위 태도는 본건 판결에서도 유지되었다.

이에 대해서 신동운은 ‘문서의 진정성립과 관련하여 우리나라 형소법은 원칙적으로 원진술자의 법정 진술에 의하여 성립의 진정성을 인정될 것을 요구하고 있다. 이에 대해 미국의 연방증거법은 필적감정이나 그 밖의 정황증거에 의한 진정성립의 입증을 허용하고 있다. 이러한 입법례를 참고로 하여 원진술자의 법정 진술이 없더라도 “디지털 저장매체로부터 출력된 문건의 경우 정황자료만으로도

---

79) 구체적이 내용은 문제되는 문건 내용을 각각 요증사실과의 관계 중심으로 검토하여야 한다.

진정 성립을 인정할 수 있다”는 주장을 전개할 여지가 있다. 본 판례에서 검사는 상고이유로 이 점을 주장하고 있다. 그러나 본 판례에서 대법원은 이러한 검사의 주장을 받아들이지 않고 있다. 대법원의 판단은 미국 연방증거법과 같은 명문의 근거 없이 원진술자의 진술을 정황증거로 대체할 수 없다는 입장이라고 할 수 있으며, 동시에 직접 심리주의에 입각하여 가능한 한 원진술자의 직접 진술을 증거로 사용하려는 태도이다’라는 의견<sup>80)</sup>을 밝혔다.

그런데, 위 문건에 전문법칙을 적용할 것인지에 관하여 우선 전문 증거에 해당하는지 여부를 먼저 따져야 한다. 적어도 위 증거로서 갑 등이 P 저장매체에 특정 서류를 저장한 후 암호화하여 보관하고 있었다는 점을 입증하기 위해 위 증거를 제출하는 경우는 계쟁 사실로서 증명되는 서면 또는 발언에 해당하여 비전문증거에 해당하며, 나아가 영미법상의 기록된 기억에 해당하여 전문증거의 예외에 해당하기 때문이다.

다. 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511호 (소위 왕재산 사건)

대법원은 위 “출력 문건들의 내용 중에는 ‘○○○(피고인 5)이 △△당 선거대책위원회 위원장 아래에서 정무특보 등으로 활동 중임’이라는 내용을 비롯하여 피고인들이 스스로 경험·활동한 내역을 보고하는 내용이 일부 포함되어 있는데, 이 경우에는 요증사실인 국가 기밀의 ‘탐지·수집’에 대한 관계에서 피고인들이 실제로 그와 같은 경험·활동을 하였는지, 즉 그 문건 내용이 진실한지가 문제 되어 전문법칙이 적용될 여지가 있다”는 취지로 실시하였으나, 이 부분 역시 미국의 증거법상에서는 비전문증거에 해당한다. 반대당사자의 자인 등에 해당하여 이는 당연히 증거로 제출할 수 있기 때문<sup>81)</sup>이다.

---

80) 신동운, 앞의 책 187쪽 이하

나아가 대법원은, 위 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5의 특수잡입·탈출, 회합의 점에 관하여, ‘공소외 9 선생앞: 2011년 면담은 1월 30일 ~ 2월 1일까지 공소외 9와 ▽▽선생과 함께 북경에서 하였으면 하는 의견입니다’라는 등의 내용이 담겨져 있는 파일들이 피고인 1의 컴퓨터에 ‘저장’되어 있었던 사실에 관하여, 그 내용과 같이 피고인 1, 피고인 5가 북한 공작원들과 그 일시경 실제로 회합하였음을 증명하려고 하는 경우에는 문건 내용이 진실한지가 문제 되므로 전문법칙이 적용된다고 할 것이라고 설시하였다.

그러나, 위 내용은 진술서에 해당할 수 있을지라도, 이는 과거의 경험사실에 대한 진술이 아니고 ‘향후 언제, 어디에서 만나기를 바란다’는 의사표시적 문서이므로, 이에 대해서는 전문증거가 아니고, 전문법칙 적용이 없다<sup>82)</sup>고 보는 것이 타당하다.

라. 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978호

- (소위 이석기 등 내란음모 사건)

대법원은 피고인 등이 자필 내용을 기재한 수첩 등에 관하여서, 그 내용의 진실성과 관련하여서 증거로 사용되는 경우 이는 전문증거에 해당하는데 피고인 등이 법정에서 진정성립 인정 진술을 하지 않았다는 이유로 증거능력을 배척하였으나, 이 역시 앞서 검토한 ‘계쟁 사실로써 증명되는 서면, 또는 발언’에 해당하거나, 피고인 또는 공동 피고인이 작성한 수첩이라면, 반대 당사자의 자인 등에 해당하는 증거로서 전문증거가 아닌 것으로 보인다.

---

81) 이 경우 피고인이 자신이 쓴 글이 아니라고 주장할 수 있겠으나, 그렇다면 피고인이 이 글이 누가 작성하였으며, 자신이 이를 왜 보관하고 있는지 등을 밝혀야 할 것이다.

82) 노수환, 디지털증거의 진정성립 증명과 증거능력, 법조, 2015. 8월호, 5쪽 이하

법원 또는 다른 기관, 사람에 과거 경험 사실을 전달할 목적으로 행하여진 발언 또는 진술대용 서류가 전문증거이다. 영미법의 전문 법칙은 주로 반대신문권 보장을 위해서 인정되는데, 피고인이 작성한 문건의 경우 실제 피고인이 그러한 문건을 작성(보관)하였는지가 문제될 뿐, 피고인측에서 수집된 증거로서, 피고인의 반대신문권 자체를 상정하기 어렵기 때문이다.

마. 대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625호 전원합의체 판결

- (소위 국정원 댓글 사건)

425지논파일 및 시큐리티 파일은 국정원 심리전단 직원의 이메일에서 압수한 증거로서 위 사건의 핵심증거이다. 이 사건은 국가정보원에서 조직적으로 여론 조작 행위 등을 하였는지 여부가 핵심쟁점이었는데, 위 파일에 여론 조작행위에 이용된 여러 가지 트위터, 각종 SNS 아이디, 비밀번호 등이 저장되어 있고, 각종 사건에 대해서 원장님 말씀에 따라 실제 실행된 내용이 기재되어 있는 증거로서, 위 파일에 기재된 트위터 계정에 의해서 쓰여진 글들이 국정원 직원들에 의해서 작성된 것인지 여부를 판단함에 있어, 국정원 직원과 트위터의 게시물 사이의 관련성을 입증하는 증거이기 때문이다.

본건 수사과정에서 위 파일이 국가정보원 직원 Q로부터 압수되었고, 그 파일의 기재 내용으로 보아 본건과 관련이 있음이 인정되어, 그 부분에 대하여 추가수사한 결과 위 파일에 기재되어 있는 각종 아이디 등 앞에 기재된 한글 두글자가 국가정보원 심리전단 5팀의 구성원들의 이름 앞 두글자와 일치한다는 점, 그 아이디로 게시된 트위터 글들이 다수 존재하고, 그 내용이 국정원장의 지시사항을 이행하는 내용인 점, 위 심리전단 5팀의 구성원들의 통신 기록 등을

종합하면, 위 아이디가 접속된 위치에 있었던 사실이 일부 확인되었다.

대법원은 위 파일에 대해서 그 내용의 진실성과 관련하여서는 전문법칙이 적용되는데, 작성자 등이 진정성립을 인정하지 않았으므로 증거능력이 없고, 앞서 살펴본 바와 같이 여러 가지 사정을 들어 이를 직무상 작성한 파일로 보기 어렵다며 증거능력을 부정하였다.

그러나, 위 425지논 파일, 시큐리티 파일은 계쟁 사실로서 증명되는 서면 또는 발언에 해당되거나, 공범인 Q가 보관하고 있던 파일로써 반대심문권 보장이 의미없는 피고인측의 증거로서 전문증거가 아니다. 위 425지논 파일, 시큐리티 파일은 ‘국가정보원 심리전단 직원이 다수의 각종 인터넷 홈페이지, 트위터 등 아이디, 비밀번호를 자신이 알 수 있는 형태로 저장해 두었고, 특정 사회적 쟁점사안에 대해서 국가정보원 원장의 지시사항에 따라 사용할 문구 등을 저장하여 두었다’는 사실을 입증하기 위해서 제출되는 증거로 볼 수 있기 때문이다.

실질적으로 수사과정 및 증거 판단에 있어 위 파일의 가치는, 국가정보원 심리전단 직원들과 트위터에 기재된 특정 게시글들이 관련이 있음을 보여주는 역할을 하는 것이지, 위 파일 자체로 트위터 아이디, 비밀번호가 무엇이라거나, 국정원장의 지시 등의 내용이 사실임을 입증하는 것이 아니다(이러한 경우가, 그 내용의 진실성 입증을 위해서 위 파일이 제시되는 경우라고 할 것임).

위 판결의 원심은, 위 파일을 위와 같이 간접사실을 인정하는 용도의 증거로서 채택하고, 위 파일을 근거로 추가 수사가 이루어져서 확보된 증거를 보태면 국가정보원 심리전단 직원들이 위 트위터 계정을 이용하였음을 입증할 수 있다고 판시하였다.

위 원심의 입장에 대해 대법원은 ①위 증거가 심리전단 직원들이 그러한 트위터 계정을 사용한 것인지의 여부와 관련되는 경우 전문법칙이 적용되어야 하고, ②전문법칙이 적용되면 작성자가 그 진정성립을 인정하여야 증거로 사용할 수 있는데(구 형소법<sup>83)</sup> 제313조 제1항), ③시큐리티 파일에 269개 트위터 계정이 기재된 문서가 작성되어 존재한다는 사실과 269개 트위터 계정에 관한 각각의 구체적이고 개별적 사정이 아닌 그 연관성에 관한 개별적이고 포괄적인 정황 사실의 존재만으로 시큐리티 파일에 기재된 269개의 트위터 계정이 심리전단 직원들이 사용한 것이라고 인정하는 것은, 작성자의 진술이 아닌 다른 증거들에 의하여 인정되는 정황사실만으로 손쉽게 그 기재의 진실성을 요증사실로 하는 전문증거인 시큐리티 파일의 진정성립을 인정한 결과가 되어 구 형사소송법<sup>84)</sup> 제313조 제1항에 반한다는 설시를 한다.

위 대법원의 논리에 따르면, 전문증거에 의해서 특정한 간접사실이 인정되고, 그 간접사실이 다른 간접사실과 결합되어 요증사실이 입증되는 경우라면, 위 내용이 구 형사소송법<sup>85)</sup> 제313조 제1항에 반하게 되므로, 증거능력을 부여할 수 없다는 태도이다.

그러나, 영미법의 전문법칙에 따르더라도, 계쟁 사실 자체를 입증하기 위한 증거로 사용하는 증거는 전문증거가 아니다. 대법원도 그동안 정보저장매체에 기억된 문자정보의 내용의 진실성이 아닌 그와 같은 내용의 문자정보가 존재하는 것 자체가 증거로 되는 경우에는 전문법칙이 적용되지 아니하고<sup>86)</sup>, 어떤 진술을 범죄사실에 대한 직접증거로 사용할 때에는 그 진술이 전문증거가 된다고 하더라

83) 구 형사소송법 (2016. 5. 29. 법률 제14179호로 개정되기 전의 것)

84) 구 형사소송법 (2016. 5. 29. 법률 제14179호로 개정되기 전의 것)

85) 구 형사소송법 (2016. 5. 29. 법률 제14179호로 개정되기 전의 것)

86) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결, 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010도3504 판결 등

도, 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용할 때에는 반드시 전문 증거가 아니라는 취지로 판시<sup>87)</sup>하여 왔으며, 그동안 살인죄 등과 같은 법정형이 무거운 범죄의 경우도 직접증거 없이 간접증거만으로 유죄를 인정할 수 있다는 판시<sup>88)</sup>를 하여 왔다.

대법원의 '간접사실을 종합할 때, 요증사실이 입증되는 경우를 허용할 수 없기 때문에 특정 간접사실을 인정할 수 있는 증거에 관하여 증거능력을 부여할 수 없다'는 논리의 경우, 증거 판단 결과 인정되는 사실이 인정되는지 여부에 따라 증거 판단의 선결문제인 증거능력 부여 여부를 결정하겠다는 것으로 논리적 선후관계가 뒤바뀐 문제가 있다. 증거능력 문제가 해결된 이후, 증거판단 결과 사실 인정 여부가 결정되는 것이 논리적 선후관계에 부합하기 때문이다.

위와 같은 대법원의 설시는, 앞서 본 대법원의 판결 내용과도 그 내용이 양립하기 어려운 측면이 있다. 대법원으로서 마땅히 증거능력이 있는지 여부에 대해서 먼저 판단을 한 후, 인정되는 사실관계를 종합하는 등 증거들의 증명력을 판단하여, 사실관계 인정 여부를 판시하였어야 옳다.

위 대법원의 태도는 마땅히 증명력의 판단에서 고려하여야 하는 내용까지 모두 증거능력을 판단하는 단계에서 한꺼번에 해결하려다 발생한 오류일 가능성이 있고, 이 문제는 보다 심도있게 검토할 필요가 있다.

## VII. 문제점에 대한 개선방안

---

87) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도1252 판결 등

88) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902호 등



## 1. 증거사용의 문제점

양대 포털 홈페이지를 증거로 사용함에 있어 주된 문제점은 ①우선 문제되는 게시물을 확인하고, 압수수색 영장을 발부받아 그 파일 등을 확보하기까지 그 내용을 수정하거나, 삭제하는 것을 방지할 장치가 미비(네이버는 신고가 있어 블라인드 처리되는 경우, 1달간은 파일을 보관하고 있음)하고, ②게시 내용 및 가능한 개인식별정보를 확보하더라도, 위 파일의 작성자를 특정하기에 충분치 아니하며, ③대법원이 진술로 이루어진 증거의 증거능력에 관하여 전문법칙 적용 여부와 관련하여, 간혹 불합리하다고 여겨지는 적용으로써 증거능력을 부인하는 점에 있다.

이를 개선하기 위해서, ③항과 관련하여, 313조 제1항의 경우, 진술자, 작성자의 진술 이외에 과학적인 방법으로 진정성립을 인정할 수 있도록 형사소송법이 개정되었으나, 여전히 전문증거가 아닌 증거에 관하여 전문법칙을 적용하는 문제 등에 대해서는 해결되지 않고 있다고 판단된다.

## 2. 문제점 ①, ②항 관련하여 개선방안

### 가. 전문적 도구의 필요성

우선, 피해자 및 수사기관에서 타인의 법익을 침해하는 게시물을 발견하는 경우, 법원의 압수수색 영장을 발부받아 압수수색을 하기 이전에 게시물을 보존할 필요가 있다. 이를 위해서 인터넷 게시물을 그대로 복제하여 저장하는 방법에 대해서 전문성, 신뢰성을 부여할 수 있는(검증할 수 있는) 전문 프로그램이 필요하다. 저장매체의 디지털 증거를 수집하는 것에 관하여 전문성, 신뢰성을 부여할 수 있는 Encase와 같은 세계적인 프로그램이 있지만, 인터넷 웹 문서 수

집에 관하여서는 기능이 제공되지 않고 있기 때문이다.

나아가, 위 전문적 도구가 어떠한 기능을 갖추어야 하는지 살펴본다.

#### 1). 관련글 수집 기능

특정 게시물을 수집함에 있어, 앞서 본 바와 같이 확보 가능한 개인식별정보를 모두 수집하더라도 개인을 특정하기에 충분하지 않고, 특정 게시물에 대해서 자신이 쓴 것이 아니라고 항변이 있을 가능성이 있으므로, 비슷한 시점에 같은 닉네임 등으로 작성된 게시물도 함께 수집할 필요가 있다.

#### 2). 컴퓨터 주기억장치의 데이터 수집 기능

그리고, 다음카카오의 게시물의 경우, 홈페이지에서 HTML 코드 등을 저장하면, 그 코드 안에 게시물의 내용도 포함되어 있으나, 네이버의 경우, HTML 코드를 다운로드 받더라도 게시물의 내용 자체는 포함되어 있지 않는 문제가 있다.

네이버의 경우, 네이버 게시판에서 게시물 데이터가 호출되는 경우만 네이버 내부 데이터 베이스의 글을 전송하고, 네이버 홈페이지가 아닌 외부에서 다운로드 하려는 경우 위 글의 전송이 거부되기 때문인데, 사용자가 최종적으로 보는 네이버 게시물에는 그 내용이 표시된다는 점에 착안하면, 사용자의 컴퓨터 주기억장치에는 위 게시물 데이터가 저장되어 있음을 알 수 있다.

그러므로, 위 전문 프로그램에는 사용자의 주기억장치에 저장된 네이버 게시글 데이터를 수집하는 기능이 포함되어 있어야 한다.

#### 3). 이미징 및 해쉬값 산출 기능

디지털 증거의 증거능력 부여의 전제조건인 신뢰성, 무결성 등을 충족하기 위하여, 위와 같이 인터넷에서 수집, 저장한 정보를 하나

또는 특정 단위로 이미징하고, 이미징한 정보에 대한 해쉬값 산출이 가능하여야 한다.

그러한 기능이 있어야 저장할 당시 녹화 등을 통해서 특정 게시판 글을 이미징 하여 산출한 해쉬값과, 나중에 법정에서 증거로 제출하는 이미지의 해쉬값 등을 비교하여 처음 이미징된 정보에 변경이 없고, 특정 시점에 인터넷에 게시된 글과, 출력되어 증거조사되는 글에 차이가 없음을 입증할 수 있기 때문이다.

#### 4). 검증 기능

디지털 증거가 증거로 활용되기 위해서는, 전문성이 있는 수사관에 의해서 전문적 프로그램을 이용하여 증거가 수집되어야 하는바, 위와 같은 프로그램이 개발되는 경우, 그 프로그램의 동작 원리, 결과 등이 검증 가능하여야 한다.

원본 그대로 복제되어 이미징되는 것임이 검증되지 못할 경우, 디지털 증거의 증거능력 부여조건인 무결성, 진정성 요건 등을 충족시키지 못해 수집된 정보를 증거로 사용하기 어렵기 때문이다.

#### 나. 작성자 특정 여부 관련

위 프로그램이 개발되더라도, 작성자가 게시물을 삭제할 수 있다는 점을 고려하면, 위 프로그램이 있다는 점만으로는 프로그램 삭제에 대비가 충분치 않고<sup>89)</sup>, 삭제되는 경우, 개인식별 정보 역시 함께 없어지는 문제가 있으며, 포털 홈페이지에서 보관하고 있는 개인 식별자료가 부족하다는 문제 역시 존재한다.

통상, 네이버, 다음 홈페이지의 경우, 특정 사용자가 접속하는 경

---

89) 임의수사 방식으로 확보된 자료(닉네임)만 가지고는 그 글을 누가 작성했는지 특정하기 불가능하나, 글이 삭제되는 경우 그 글의 작성자의 ID, IP 정보 역시 확보할 수 없다.

우 특정 코드 등을 특정 사용자에게 보내기 위하여, 특정 사용자의 기기 식별정보(NIC, IMEI)를 이용하고 있다. 다만, 위 정보를 저장하지 않고 그대로 삭제되도록 방치하고 있을 뿐이다.<sup>90)</sup>.

위 기기 정보 등을 보관하고 있으면 개개인을 특정하기 더 용이할 것으로 추정되는바, 온라인 서비스 제공자에게 특정 기기 식별정보를 보관토록 할 수 있을지, 게시자의 삭제, 수정 등에 대비하여 디지털 증거의 보존명령을 할 수 있는지 여부 등이 새로운 논의 대상이 된다.

그런데, 위 쟁점을 분명히 하기 위해서는, 게시물 이용자의 기본권의 제한이 가능한지 문제가 수반되어 기본권적 측면에서 이를 검토하고, 통신사업자 등을 상대로 어느 정보까지 보관토록 할 것인지, 보존 명령에 따른 보존 기간은 어떠한지, 보존 명령 방식을 어떻게 정할 것인지, 다른 나라들은 어떤지 등의 연구가 필요한바, 이 부분에 대해서는 향후 연구과제로 남긴다.

### 3. 대법원 해석에 대한 개선방안

대법원이 간혹 특정 증거에 관하여 전문증거가 아닌데도 전문증거로 보는 해석론상 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 형사소송법의 전문법칙에 대한 정의와 관련하여 규정을 보다 상세한 형태로 개정할 필요가 있다. 특히 전문법칙의 경우 과거 경험사실 진술이라는 점, 나아가 미국 증거법상 명문으로 인정되거나, 해석론상 당연히 전문증거가 아닌 것으로 인정되는 예시를 범문에 명시할 필요가 있다.

특히, 전문법칙은 주로 반대신문권 보장을 위해서 인정되는 원칙

---

90) 2016. 11. 경 필자가 네이버, 다음 등 담당자에게 문의하여 확인하였다.

인데, 피고인이 된 사람의 진술의 경우, 논리적으로 반대신문권이 보장될 이유가 없으므로(피고인은 범정에 있고, 반대신문권을 행하는 사람이다) 이 부분 역시 분명히 반영되게 할 필요가 있다.

위와 같은 내용을 반영하여 형사소송법 제310조의 2를 개정한다고 가정하고, 필자는 아래와 같이 법령을 개정할 것을 제안한다.

현행	개정제안
제310조의2 (전문증거와 증거능력의 제한) 제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다. (본조신설 1961. 9. 1)	제310조의 2(전문증거와 증거능력의 제한)  제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 <u>과거 경험사실의 진위를 증명하기 위한</u> 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다. <u>다만, 아래 각 호에 기재된 사항은 전문증거가 아닌 것으로 본다.</u>  <u>가. 수사, 재판절차와 관련이 없이<sup>91)</sup> 행하여졌거나 수사의 단서가 된, 피고인이 된 사람(공범 포함)의 진술</u>  <u>나. 제쟁 사실 자체를 증명하기 위해 제시되는 진술, 청취자 등에게 미친 영향을 증명하기 위한 진술, 원진술자의 정신상태 등을 정황적으로 증명하기 위한 진술 등 본래 증거에 해당하는 진술</u>

91) 영미법계에서는 공판 절차 이외에서 행하여진 피고인에게 불리한 진술(admission)의 경우, 전문법칙이 적용되지 않는다고 보아 증거로 사용하고 있

나아가, 기억을 위한 메모, 컴퓨터 파일 등에 대해서는, 이를 증거로 사용할 필요성이 높고, 과거의 기록으로서 신용성이 정황적으로 보장되는 것으로 전문법칙의 예외로 규정할 필요가 있다.

그런데, 이 부분 역시 전문증거 규정의 전체적인 검토, 개정이 필요할 것으로 보이는 부분으로서, 향후 연구과제로 남긴다.

---

는데, 한국 형사소송법은 수사기관에 대한 조서의 경우 그 증거사용에 관하여 독특한 규정체계를 가지고 있어, 수사단계의 진술까지 위 조항에 포함시키려는 경우 증거법의 전체적인 통일적인 개정이 필요하므로, 위 부분을 제외하고자 하는 취지로 위와 같이 기술하였다.

이 부분을 분명하게 하기 위해서는 전문법칙에 따라 도입된 부분과, 조서 등에 관한 부분을 규정 내용 자체와, 역사적, 체계적 해석에 모순점 등이 없도록 전체적으로 개정하는 것이 바람직 할 것이나, 향후의 연구 과제로 남겨둔다.

## [참조 문헌]

### <단행본>

- 강구진, 형사소송법원론, 1984  
대검찰청, 검찰수사 실무전범 II, 2008  
신동운, 신형사소송법 제4판, 법문사, 2012  
신동운, 판례분석 신형사소송법, 법문사, 2010  
신동운, 판례분석 신형사소송법 2, 법문사, 2014  
오기두, “전자증거법”, 박영사, 2015  
이완규, 형사소송법연구1, 탐구사, 2008  
이완규/노명선, 형사소송법 2판, 성균관대학출판부, 2011  
정웅석/백승민, 형사소송법, 대명출판사, 2014  
차용석, 형사소송법, 세영사, 1998

### <논문 및 자료>

- 권오걸, 한국형사소송법과 미국연방증거법상 전문법칙 비교연구, 경상대학교 법학연구 24권, 2016  
권창국, 한국 형사소송법에서의 전문증거법칙에 관한 재고찰, 형사소송이론과실무2권1호, 2010  
김영기, 디지털 증거의 진정성립부인과 증거능력부여방안, 형사판례연구 19, 2011  
김희균, 미연방증거규칙(Federal Rules of Evidence), 형사법의 신통향 48호, 2015  
노수환, 디지털증거의 진정성립 증명과 증거능력, 법조, 2015. 8.호  
박현준, 이메일 헤더 분석을 통한 전자문서의 작성자 특정과 형사소송법 제315조 전문법칙 예외, 서울대 이학석사학위논문, 2015  
신동운 제정형사소송법의 성립경위, 형사법연구 22호, 2014  
안병현-김병정, HTML5 표준화 현황과 활용사례, 정보과학회지 30호, 2012  
원혜옥, “컴퓨터기록의 증거능력”, 지송 이재상 교수 화갑기념, 형사판례의 연구 2, 2003  
이등원, “컴퓨터로 생성된 증거의 증거능력”, 법무부, 해외파견검사연구논문집 9권

- 임양운, “신용카드 범죄의 실무상 문제”, 한국법학원, 저스티스, 182쪽
- 장영민, “형법개정안의 컴퓨터 범죄”, 형사정책연구, 1992
- 정원태, “컴퓨터디스크·영장 없이 촬영된 비디오테이프·대상과 범위를 초과하여 연장된 통신제한조치허가에 기한 대화녹음테이프의 증거능력”, 형사재판의 제문제, 3권, 2000
- 조규정, “컴퓨터 조작범죄-유형과 처벌을 중심으로”, 형사정책연구, 1990
- 차용석, 미국증거법상의 전문법칙, 한국아메리카학회미국학논집3권, 1970
- 최병각, 진술과 기록의 증거능력, 형사판례연구 21권, 2013
- 최준혁, 직접심리주의에 대한 논의의 기초, 직접심리주의의 ‘전형적 예외’인 독일형사소송법 제251조의 검토, 형사법의 신통향 41호, 2013
- Arkin, Bohrer. Cuneo. Donohue. Kaplan. Kasahof. Levander. Sherizen. "Prevention and Prosecution of Computer and High Technology Crime" (오기두, 위 전자증거법 단행본에서 재인용)
- Macormick, po. cit., p 480 이하; Wigmore, Student text §235, §246, 313 및 Evidence §1370 이하; Maguire po. cit. pp 390-544; Association of American Law schools, op. cit. pp 793~974 : Uniform Rules of Evidence, Rules 62 - 66. (차용석, 위 미국 증거법상의 전문법칙에서 재인용)

#### <판결>

- 대법원 1989.9.12.선고, 87도506 전원합의체 판결
- 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317
- 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257
- 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511
- 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978
- 대법원 2015. 7. 16. 2015도2625
- 서울중앙지방법원 2014. 9. 11. 선고 2013고합577
- 서울중앙지방법원 2011. 2. 23. 선고 2010고단5343호



<결정>

헌법재판소 1994. 4. 28.자 93헌바26호 결정

<정부 홈페이지 게시물 등>

통계청, '가구인터넷보급률 및 컴퓨터 보유율', <http://www.index.go.kr>  
대검찰청 형사부, '사이버상 허위사실 유포사범 엄정 대응', <http://www.spo.go.kr>  
국회 법제사법위원회, 2016. 5. 29. 형사소송법 개정안 심사의견,  
[http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_G1E6X0C5\\_M1I6C2L3S3L5J1L3A4M4A1](http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_G1E6X0C5_M1I6C2L3S3L5J1L3A4M4A1)

## Abstract

# Problems and improvement Methods for Using Two big Portal Homepages posts as evidence

Pang Ji-Hyung

Digital Forensics

The Graduate School of Convergence Science and Technology

Seoul National University

The Internet has been widely distributed throughout the Republic of Korea. Many postings are registered and used on the bulletin boards, SNS and others. Some of these posts need to be used as evidence for proof of various Internet crimes or other facts.

Therefore, I examined some problems and solutions on utilizing online posting from two big portals as evidence in Korea.

As a result of analyzing the existence format of the postings of the two portals and the individual identification elements of them, they are made up of HTML documents, and nicknames are displayed in the postings related to the personal identification information. The investigating authority can acquire the author ID and the author's access IP information through seizure and search.

The author of each posting of the daumcaao site and Naver site can edit or delete it. Therefore, the investigating agency detecting the Internet crime postings, needs to obtain them immediately (without a seizure search warrant) in order to prevent the author from deleting or modifying the above postings before securing it through the seizure

search. And in order to utilize the postings as evidence, it is necessary to secure them through digital forensic methods that satisfy the authenticity and reliability of digital evidence. To do this, we need a special program that can collect Internet web postings and verify them. In this study, we proposed the basic functions that the above program should have.

On the other hand, the above postings consist mostly of verbal expressions. It is the critical point whether the verbal expression of the above article is hearsay evidence or not. Since if it is hearsay evidence, it shall be subject to the Article 310-2 (hearsay rule) to 316 of the Law of Criminal Procedure. therefore, it can not be used as evidence in principal. In this study, the Supreme Court rulings are analyzed along with the enactment and amendment of Article 310-2 to 316 of the Criminal Procedure Law, the hearsay rule of the America and the principle of immediacy of the German laws.

As a result of the analysis, it is confirmed that there is some possibility of error in judging whether the digital written evidence corresponds to the above hearsay evidence in the present Supreme Court. In order to improve this, it is necessary to revise the hearsay rule of the criminal procedure law and propose revised regulations.

Key words: posts, hearsay rule, exceptions to the hearsay rule, principle of immediacy, NIS commentary case, amendment of criminal procedure law, program that can collect web postings, confirming author of posting

Student ID: 2015-26062